CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 27 de octubre de 1993 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. En el presente procedimiento, a mi juicio, el Tribunal de Justicia debe pronunciarse sobre dos cuestiones, referidas ambas a la aplicación del apartado 1 del artículo 85 a los sistemas de distribución selectiva:

— Si un sistema de distribución selectiva es incompatible con el apartado 1 del artículo 85 porque el productor no logre hacerlo «estanco», entendiéndose por falta de estanqueidad el hecho de que el productor no llegue a evitar que en un mismo mercado los productos objeto del contrato sean vendidos, además de por los concesionarios autorizados, por los distribuidores que no forman parte de la red de distribución oficial.

— Si en el ámbito de un sistema de distribución selectiva, un fabricante tiene derecho a limitar la propia garantía tan sólo a los productos vendidos a través de la red oficial, excluyendo, por lo tanto, a los productos que comercialicen, por lo demás, conforme a Derecho, los operadores ajenos a la red.

2. Debo precisar *in limine* que las dos cuestiones se refieren al sistema de distribución selectiva de productos de lujo, los relojes Cartier. No obstante, es posible que los criterios que establezca el Tribunal de Justicia adquieran —particularmente en lo que atañe al alcance del compromiso de garantía del productor— una importancia de carácter general que los haga aplicables asimismo a otras categorías significativas de productos, frecuentemente comercializados a través de redes de distribución selectiva.

Hechos

3. Las dos cuestiones aludidas se enmarcan en el ámbito de un litigio entre una sociedad del Grupo Metro —grupo que, en diversos Estados europeos, desarrolla una actividad comercial al por mayor en la modalidad de autoservicio, organizada según el principio del «cash and carry»— y la empresa Cartier, líder mundial para algunas categorías de productos de lujo.

Los hechos que originaron el litigio son bastante simples. Cartier comercializa sus productos, según afirma, en todo el mundo, mediante una red de distribución selectiva. Este sistema se basa en un contrato tipo celebrado entre las filiales nacionales del grupo (o, si no, con el importador mayorista) y los distintos concesionarios autorizados.

* Lengua original: italiano.

Aunque Metro no forma parte de la red oficial de distribución, logró abastecerse de productos Cartier (sobre todo, relojes) con cierta continuidad y comercializarlos en sus propios establecimientos.

4. En el proceso nacional no se determinó cuál es la fuente de abastecimiento de Metro. En la vista, al contestar a una pregunta que formulé, Metro precisó que adquiría los relojes Cartier en Suiza, de intermediarios comerciales independientes, los cuales, a su vez, se abastecían de concesionarios autorizados suizos de la red Cartier. Asegura que el Derecho suizo permite este tipo de suministro.

En cualquier caso, no se ha discutido (ni ante los órganos jurisdiccionales nacionales, ni ante el Tribunal de Justicia) la *conformidad a Derecho* de la adquisición y comercialización de los productos Cartier por parte de Metro. Además, de las cifras presentadas al Tribunal de Justicia se deduce que, especialmente en Alemania, la comercialización de productos Cartier que realiza Metro alcanzó una importancia nada desdeñable (en un año, alrededor del 10 % del volumen total de las ventas Cartier).

Hasta 1984, Cartier efectuó prestaciones en virtud de la garantía de los relojes vendidos por Metro. Posteriormente, también a raíz de una modificación de los acuerdos celebrados con sus distribuidores autorizados, Cartier se negó a prestar la propia garantía gratuita para los relojes adquiridos fuera de la red oficial de distribución. En relación con estos relojes, Cartier realizó igualmente las reparaciones que se encargaban, pero a cargo del cliente.

5. La negativa de Cartier a garantizar los relojes vendidos por Metro dio lugar a un largo y complejo litigio ante los Tribunales nacionales, que se resume con precisión en el informe para la vista. Concretamente, el Bundesgerichtshof (en lo sucesivo, «BGH») —al que, por segunda vez, se pide que se pronuncie sobre el recurso promovido contra la resolución del órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto— subrayó que la negativa de garantía sería contraria a Derecho si se diera en el ámbito de un sistema de distribución selectiva que no fuera estanco, es decir, en el marco de un sistema en el cual a los operadores ajenos a la red —como Metro— les fuera posible abastecerse lícitamente de los productos objeto del contrato. En consecuencia, el BGH devolvió los autos al Tribunal de apelación, el Oberlandesgericht Düsseldorf (en lo sucesivo, «OLG») para que procediese a la necesaria apreciación de los hechos.

6. Posteriormente a dichas explicaciones, el OLG planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe denegarse el reconocimiento de un sistema de distribución selectiva en el ámbito de la Comunidad de productos selectos (relojes de la categoría de precio superior y de lujo) al que no sean aplicables los apartados 1 y 2 del artículo 85 del Tratado CEE, por la sola razón de que en los países no comunitarios no exista un sistema de distribución selectiva con condiciones contractuales semejantes o, cuando menos, sea imperfecto, de forma que personas ajenas al sistema puedan adquirir allí libremente las mercancías que en la Comunidad están vinculadas a dicho sistema e importarlas legalmente en el mercado común?»

Objeto del procedimiento

7. La delimitación del objeto del procedimiento plantea una cierta dificultad. En rigor, el OLG pregunta al Tribunal de Justicia acerca del significado del criterio de estanqueidad para la aplicación del apartado 1 del artículo 85. Sin embargo, debe subrayarse que el OLG plantea esta pregunta para poder pronunciarse sobre la verdadera cuestión objeto del litigio principal, es decir, sobre la conformidad a Derecho de la negativa de garantía que opone Cartier para los productos vendidos fuera de la red. En realidad, el Juez considera que una posible ilegalidad del sistema Cartier, por no ser estanco, supondría asimismo la ilegalidad de la negativa de garantía.

No obstante, resulta bastante patente que el problema de la garantía puede examinarse independientemente, y no sólo en función de la conformidad a Derecho del sistema de distribución en el que se inscribe. Por lo tanto, cabe preguntarse si,*per se*, la negativa de garantía, independientemente de la legalidad del sistema Cartier, infringe el apartado 1 del artículo 85. Ambos aspectos se hallan íntimamente vinculados, lo que, por lo demás, confirma el hecho de que todas las partes que han presentado observaciones (con la única excepción del Gobierno helénico) hayan examinado detenidamente ambos extremos.

Por consiguiente, limitarse tan sólo al problema de la estanqueidad desdeñando la consideración de la conformidad con el apartado 1 del artículo 85 de la negativa de la garantía como tal, equivaldría a dar al Juez *a quo* una respuesta ciertamente más simple y rápida, pero muy incompleta y de una eficacia limitada para la resolución del litigio de que conoce. Además, dicha limitación sería injustificada, máxime si se considera que, tanto en la fase escrita como en la vista, el debate procesal se ha centrado precisamente en el problema de la garantía, lo que, por ende, ha permitido que el Tribunal de Justicia reuniera todos los elementos de valoración necesarios al respecto. Asimismo, razones de economía procesal aconsejan considerar adecuado que el Tribunal de Justicia examine *ex professo* el problema de la garantía en el ámbito del presente procedimiento.

Por consiguiente, en el caso de autos, habida cuenta del objeto del litigio principal, y con el fin de facilitar al Juez *a quo* los elementos de interpretación del Derecho comunitario indispensables para resolver el problema jurídico que tiene planteado, considero pertinente examinar —como, por lo demás, han hecho casi todas las partes durante el debate procesal— si, *per se*,la limitación de la garantía puede infringir el apartado 1 del artículo 85.

8. En su escrito, además de criticar la falta de estanqueidad del sistema de distribución de Cartier y la ilegalidad de la negativa de garantía, Metro también formuló otras objeciones contra los acuerdos de distribución selectiva celebrados entre Cartier y sus concesionarios. A su juicio, en realidad, el sistema Cartier infringe el apartado 1 del artículo 85, por cuatro motivos:

— Porque los concesionarios oficiales no pueden abastecerse de otros concesionarios oficiales establecidos fuera de la CEE (prohibición de entregas cruzadas procedentes de países terceros).

— Porque, en realidad, se obstaculizan las entregas cruzadas dentro de la CEE.

— Porque los criterios de selección de los concesionarios son injustificados y, por lo tanto, excesivamente restrictivos.

— Porque el sistema carece de objetividad y conduce a una selección que no es «meramente cualitativa».

9. ¿Debe el Tribunal de Justicia examinar el carácter inequívoco de estas imputaciones? Considero que debe responderse negativamente a esta pregunta. Los extremos que se acaban de enumerar no guardan sino una relación indirecta con el objeto del litigio principal, tal como se ha expuesto anteriormente. Además, no consta que los Tribunales nacionales hayan apreciado alguna vez dichos extremos en el marco de las diversas fases del procedimiento. Por último, tampoco han sido objeto de un verdadero debate procesal ante el Tribunal de Justicia: en la fase escrita, tan sólo Metro ha formulado observaciones al respecto, y, en la vista, han sido prácticamente ignorados.

10. Por consiguiente, considero que dichos extremos son ajenos al objeto del presente procedimiento. Por otra parte, esta solución —como resulta patente— en nada afecta a la facultad de Metro de formular objeciones contra el sistema de distribución de Cartier, tanto ante el órgano jurisdiccional nacional, competente para apreciar su significado en función de los apartados 1 y 2 del artículo 85, como ante la Comisión, mediante denuncia conforme al artículo 3 del Reglamento nº 17/62 del Consejo.

La «falta de estanqueidad» del sistema Cartier

11. Metro sostiene que el sistema Cartier no es estanco y que no lo es de forma significativa. Operadores independientes que no forman parte de la red oficial comercializan una cantidad apreciable de productos Cartier. De ello deriva, en su opinión, una distorsión de la competencia entre distribuidores oficiales y distribuidores independientes: ambos comercializan los mismos productos en los mismos mercados, no obstante, los primeros se hallan sujetos a cargas (inherentes a la concentración de su surtido y de su actividad sobre los productos objeto del contrato) a las que, en cambio, los segundos no tienen que hacer frente.

12. Por el contrario, Cartier sostiene que su sistema es estanco tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico. En realidad, en todo el mundo, la comercialización de los productos se confía a una red de distribuidores seleccionados que tienen la obligación contractual de revenderlos ya sea a los consumidores finales, ya sea a comerciantes *que formen parte de la red oficial.* En este último supuesto, por lo demás, las ventas están sujetas a un régimen especial de registro. Por lo tanto, el sistema se organiza a fin de garantizar el hecho de que la circulación de los productos se efectúe exclusivamente en el seno de la red oficial y no mediante operadores independientes. De hecho, según Cartier, el único caso de ventas independientes que se da en el mercado europeo es el de Metro, que utiliza los importantes medios de que dispone para abastecerse en terceros países de reducidas cantidades de productos Cartier, que luego concentra en los diferentes establecimientos del grupo. Sin embargo, debe subrayarse que

Cartier ha renunciado a *probar* la estanqueidad de su red a escala mundial.

Además, como ya he señalado, en el proceso en el cual Cartier es parte demandada, no ha demostrado que la adquisición y comercialización que hace Metro de sus productos constituyan actos contrarios a Derecho y, concretamente, actos de competencia desleal.

13. Cartier —apoyada por los Gobiernos francés y helénico, así como, con algunas reservas, por la Comisión— afirma además que, en todo caso, según el Derecho comunitario, la estanqueidad de un sistema de distribución selectiva no es un requisito esencial de la legalidad del propio sistema. Además, un cierto grado de falta de estanqueidad —que en el mercado de uno o más Estados miembros se refleja en un determinado volumen de ventas de los productos objeto del contrato por parte de operadores independientes— debe considerarse un acicate para la competencia y, por lo tanto, como un factor de compatibilidad, y en absoluto de incompatibilidad, del propio sistema con el apartado 1 del artículo 85.

14. Al respecto, debe hacerse constar ante todo que, conforme a una muy conocida y reiterada jurisprudencia, los sistemas de distribución selectiva se consideran compatibles con el apartado 1 del artículo 85 siempre que la selección de los distribuidores se justifique por exigencias referentes a la naturaleza del producto de que se trate y se practique según criterios objetivos de carácter cualitativo relativos a la cualificación profesional del distribuidor, de su personal y de sus instalaciones; además, tales criterios deben aplicarse de forma uniforme y no discriminatoria a todos los distribuidores potenciales (véase, en especial, la sentencia de 11 de diciembre de 1980, L'Oréal, 31/80, Rec. p. 3775).

15. En principio, el establecimiento de un sistema de distribución selectiva se justifica ciertamente respecto a productos que —como los relojes Cartier— se integran en la categoría de productos de lujo y de elevada calidad de fabricación. En este sector, la canalización de la distribución a través de operadores seleccionados y comprometidos en la venta de la marca constituye un importante requisito para la promoción de la imagen y la consolidación del prestigio comercial del producto.

16. Una vez demostrado que, en principio, es justificado el establecimiento de un sistema de distribución selectiva para productos como los relojes Cartier, debe determinarse si la *falta de estanqueidad* del propio sistema puede afectar a su legalidad.

17. Sobre el particular debe precisarse, ante todo, que el criterio de la estanqueidad es un criterio de Derecho nacional. De los autos se deduce su doble significación en el ámbito del ordenamiento jurídico alemán. Desde una primera perspectiva, de carácter procesal, dicho criterio sirve para invertir la carga de la prueba en los procesos de competencia desleal entablados por un productor que haya establecido un sistema de distribución selectiva frente a terceros, distribuidores ajenos a la red, que hayan comercializado sus productos. En este supuesto, si el sistema de distribución es estanco, se *presume* que los distribuidores ajenos a la red habrán actuado de forma desleal, ya sea persuadiendo a un concesionario autorizado para que incumpla el contrato, ya sea, simplemente, aprovechándose de tal incumplimiento. La

presunción del carácter desleal de la conducta del tercero legitimará, por lo tanto, al productor para obtener el cese de la distribución de los productos por parte del tercero y el resarcimiento del daño causado.

Desde una segunda perspectiva, de carácter material, el criterio de la estanqueidad sirve para condicionar la *eficacia* de las cláusulas del contrato de distribución selectiva que imponen al concesionario determinadas obligaciones, como, especialmente, la de no vender los productos objeto del contrato a un precio inferior al mínimo impuesto por el fabricante, o de no vender estos productos a distribuidores ajenos a la red. Si el sistema no es estanco y si, por lo tanto, el concesionario autorizado se halla expuesto a la competencia de terceros independientes, el propio concesionario podrá eludir el cumplimiento de dichas obligaciones proponiendo, respecto al productor, la excepción de *abuso de Derecho,* la cual despoja de toda eficacia jurídica a las cláusulas contractuales invocadas por el productor. De este modo, el sistema, cuya falta de estanqueidad se haya comprobado, pierde, en gran medida, todo carácter vinculante efectivo frente a los concesionarios.

Por otra parte, como, según parece, se deduce de los debates orales, tampoco en el ordenamiento jurídico alemán el criterio de la estanqueidad influye directamente en la aplicación del Derecho nacional en materia de prácticas colusorias.

18. De cualquier forma, sea cual fuere el significado del criterio de la estanqueidad en el plano interno, la pregunta que debe responderse es si *en el plano comunitario* el sistema de distribución selectiva debe considerarse incompatible con el apartado 1 del artículo 85 por el mero hecho de ser estanco.

19. Sobre el particular, se ha subrayado que, nunca, ni la Comisión ni el Tribunal de Justicia han considerado la estanqueidad como uno de los requisitos a los que se halla supeditada la legalidad de un sistema de distribución selectiva. No obstante, resulta patente que, en sí misma, dicha observación no es determinante. Por el contrario, lo que importa es la consideración de que la incorporación de dicho criterio al ámbito del artículo 85 del Tratado no parece justificada por ninguna exigencia efectiva de protección de la competencia.

20. A este respecto, me parece oportuno tener como punto de partida un elemento de carácter fáctico. Como acertadamente subrayó Cartier, es completamente normal que los sistemas de distribución presenten un cierto grado, más o menos elevado, de falta de estanqueidad. Baste pensar que dichos sistemas se establecen concretamente con una cierta graduación: en un primer momento pueden abarcar determinadas zonas geográficas y tan sólo posteriormente extenderse a otras zonas. Ello puede tener lugar, especialmente, en el ámbito del mercado europeo: en dicho mercado puede fácilmente ocurrir que un productor consiga crear una red de distribución selectiva sólo en algunos Estados, en los que sus productos son más conocidos y están más acreditados a los ojos de los consumidores y en los que, por lo tanto, resulta más fácil encontrar distribuidores dispuestos a asumir los compromisos y las cargas propios de un contrato de distribución selectiva; mientras, en otros Estados, se procede, como mínimo por algún tiempo, a una distribución a través de operadores independientes. En este caso resulta totalmente normal que, siempre que se den los presupuestos económicos, comerciantes independientes establecidos en los países en los que exista

distribución selectiva se abastezcan paralelamente de comerciantes independientes establecidos en países en los que, por el contrario, no exista una red selectiva de ventas.

Además, por regla general, el fenómeno de las ventas al margen de la red puede evitarse más difícilmente si se trata de productos comercializados a través de un gran número de distribuidores. Por lo tanto, si no se descarta que se pueda controlar y garantizar el cumplimiento del sistema de distribución selectiva en el caso de productos de lujo que se distribuyen habitualmente a través de una red bastante limitada (aunque, precisamente, el ejemplo de Metro parezca demostrar lo contrario), resulta ciertamente más difícil evitar que se produzcan fisuras en la estructura distributiva de los productos de gran difusión, como por ejemplo, la electrónica recreativa o los pequeños electrodomésticos, para los que se recurre generalmente a una comercialización mucho más ramificada.

21. Teniendo en cuenta esta base fáctica, supeditar la conformidad a Derecho de un sistema de distribución selectiva a la estanqueidad del propio sistema a escala europea, o incluso a escala mundial, podría afectar al libre juego de la competencia, en vez de preservarlo.

En primer lugar, en realidad, imponer la estanqueidad como requisito esencial acabaría por limitar considerablemente la autonomía de las partes. El productor y sus colaboradores comerciales se enfrentarían a una elección drástica y, en muchos casos, completamente ajena a la realidad económica: o bien establecer un sistema estanco en todas partes o renunciar completamente a la distribución selectiva. En la práctica, ello equivaldría a introducir un elemento de rigidez en las relaciones comerciales que impediría que las partes determinasen libremente, y según su propia apreciación, la organización óptima de la distribución. Ahora bien, en la medida en que, en algunos sectores —como el que es objeto de examen— incluso la estructura integrada de la distribución aparece como un instrumento importante para promocionar los productos de que se trate, impedir que el productor se sirva de la distribución selectiva, por la simple razón de que no logre evitar un determinado volumen de ventas al margen de la red, implica el riesgo de privarlo indebidamente de una baza importante en la competencia entre marcas.

En segundo lugar, tampoco se debe pasar por alto el hecho de que, en los sectores económicos en los que los principales productores recurren para la comercialización a sistemas de distribución selectiva, la posibilidad de ventas fuera de la red puede incluso tener un efecto positivo; esta posibilidad actúa como válvula de seguridad, en la medida en que, sin poner en duda la propia legalidad de las redes selectivas, en cualquier caso, sirve para mitigar fenómenos de excesiva rigidez, especialmente en los precios, manteniendo abierto un resquicio a un limitado comercio paralelo por parte de operadores ajenos a la red oficial.

22. Ahora bien, en cuanto al desequilibrio que las ventas al margen de la red pueden provocar en las relaciones de competencia entre operadores oficiales y operadores independientes, a mi juicio, una vez más, la solución de tales dificultades debe dejarse a la autonomía de las partes interesadas: productores y distribuidores oficiales. Estos se hallan en una situación más adecuada para advertir si el volumen de ventas fuera de la red puede comprometer la cohesión del sistema de distribución selectiva. En tal caso,

unos y otros estarán interesados en reconsiderar la organización de la comercialización y pasar de una distribución especializada a una distribución libre. Al actuar de esta manera, es obvio que las partes podrán optar por la resolución pactada del contrato de distribución selectiva y, en caso de contraposición de intereses, por cuantos otros medios les asistan según el Derecho nacional en materia de contratos.

De no seguirse este planteamiento, se correría el riesgo de que el remedio fuera peor que la enfermedad, porque, para paliar los desequilibrios causados por las ventas realizadas fuera de la red al sistema de distribución selectiva, se proclamaría, con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 85, la nulidad del sistema en su conjunto; y ello, paradójicamente, incluso en contra de la voluntad de aquellos productores y distribuidores oficiales a quienes perjudicaran las ventas fuera de la red.

Por otra parte, asimismo debe hacerse constar, en aras de la exhaustividad, que la eventual aplicación del criterio de la estanqueidad en su aspecto práctico podría aparecer muy poco segura. ¿A partir de qué volumen de ventas fuera de la red y durante cuánto tiempo podría considerarse que el sistema de distribución selectiva es incompatible con el apartado 1 del artículo 85? ¿Debería establecerse un umbral único para todos los sectores, o bien umbrales distintos para los diversos sectores? Y en este segundo supuesto, ¿en función de qué criterios? ¿Están los Tribunales -incluso el Tribunal de Justicia— en condiciones de dar respuesta a dichas preguntas sin correr el riesgo de adoptar decisiones arbitrarias? En mi opinión, estas dudas confirman el hecho de que los problemas que, en su caso, plantea la existencia de supuestos de ventas al margen de la red deben resolverse de manera autónoma por las partes y no mediante intervenciones judiciales basadas en la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 85.

23. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda este extremo de la cuestión en el sentido de que, en un sistema de distribución selectiva, el mero hecho de que, además de los concesionarios oficiales, los comerciantes que no forman parte de la red de distribución selectiva comercialicen también legalmente, en los mismos mercados, los productos objeto del contrato, no redunda en una incompatibilidad del propio sistema con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

Limitación de la garantía

24. Metro sostiene que la limitación de la garantía tan sólo a los productos que venden los distribuidores oficiales perjudica sustancialmente a las ventas que efectúan los operadores independientes. Esta limitación no puede justificarse por exigencias relativas a la protección de la calidad y del prestigio de los productos. Metro insiste en el hecho de que el productor presta los servicios inherentes a la garantía, limitándose el distribuidor a intervenciones insignificantes y que no exigen la utilización de técnicas o equipos particulares.

25. Por el contrario, Cartier plantea otro orden de consideraciones. Concretamente destaca que tan sólo los distribuidores oficiales disponen de la información, de los materiales y de los instrumentos necesarios para conservar los productos y entregarlos al cliente en perfecto estado de funcionamiento. Ello es consecuencia directa de los compro-

misos contractuales concretos que asume cada miembro de la red oficial en virtud del contrato de distribución selectiva. Además, únicamente los productos vendidos a través del circuito oficial se hallan sujetos a los controles necesarios para garantizar su autenticidad. A juicio de Cartier, así lo demuestran los casos de productos falsificados vendidos por Metro. Por lo tanto, en su opinión, es legal la limitación de la garantía del productor a los productos que se vendan a través del circuito oficial.

26. En el análisis de esta cuestión, procede examinar, en primer lugar, cuáles son los efectos de la limitación de la garantía en las relaciones de competencia. Por regla general, se perjudica considerablemente en el plano comercial a los comerciantes que no pueden suministrar los productos con la garantía que normalmente concede el fabricante; entre un producto garantizado y otro que no lo está, el consumidor tenderá a preferir el primero, incluso porque la falta de garantía puede infundir dudas en el consumidor sobre la calidad (e incluso la autenticidad) del producto que se le ofrece.

No obstante, la Comisión subraya que, en el ámbito de los sistemas de distribución *selectiva* (cualitativos), la limitación de la garantía produce efectos distintos de los que produce en los supuestos de distribución *exclusiva.*

En los casos de distribución exclusiva, la negativa a conceder la garantía respecto a los productos que distribuyen los importadores paralelos coloca al concesionario exclusivo, en el territorio que tiene asignado, en una situación de indudable ventaja en comparación con los importadores paralelos; estos últimos, al no poder asegurar a sus clientes prestaciones de garantía, corren un considerable riesgo de ser«desplazados» del mercado, con la consecuencia de que la exclusiva que el productor reconoce a su concesionario tiende a transformarse de exclusiva meramente relativa en exclusiva virtualmente absoluta.

En los casos de distribución selectiva (cualitativa), todos los distribuidores que reúnan los requisitos exigidos tienen, al menos en teoría, la posibilidad de que se les autorice a comercializar los productos; de ello se deduce que, en una zona determinada, puede existir un número variable, e incluso bastante elevado, de distribuidores autorizados, sin que ninguno de ellos disfrute de una exclusiva territorial de origen contractual. Por lo tanto, en supuestos de distribución selectiva, la negativa a conceder la garantía respecto a los productos vendidos fuera del sistema no refuerza una exclusiva de carácter territorial preexistente, sino que, simplemente, pretende proteger a los distribuidores autorizados contra la competencia de los distribuidores no autorizados.

Habida cuenta de estas consideraciones, se podría sentir la tentación de concluir que en el caso de distribución selectiva (cualitativa) la limitación de la garantía no produce efectos restrictivos de la competencia. La negativa a conceder la garantía respecto a los productos vendidos fuera de la red no tendrá más consecuencias que la de poner en inferioridad de condiciones a los distribuidores —los distribuidores no autorizados— que, en principio (es decir, si el sistema hubiese tenido un óptimo funcionamiento), ni siquiera tendrían que haber comercializado los productos de que se trate.

27. No niego que éste sea un planteamiento sugerente. No obstante, analizado más detenidamente, en mi opinión, resulta simplista y completamente infundado.

28. En primer lugar, debo señalar, aunque sea de paso, que la selección*cualitativa* es una brillante construcción teórica, pero que no existe seguridad alguna de que sea rigurosamente observada en la práctica. A pesar de todas las precauciones que ha adoptado la Comisión —por lo demás, totalmente inexistentes en el caso del contrato Cartier—, puede suceder que sistemas teóricamente cualitativos, y, por consiguiente, abiertos a cualesquiera distribuidores en los que concurran los requisitos exigidos, resulten a la larga, en realidad, mucho más cerrados incluso o, más rígidos de como se han presentado. Ello podría suceder, especialmente, en el caso de productos que, como los de lujo, de cualquier modo tienen una distribución más bien concentrada y en los que resulta difícil determinar si, en realidad, el sistema se basa en una selección *cuantitativa.*

Ahora bien, al menos mientras la Comisión y el Tribunal de Justicia sigan siendo hostiles, en principio, a cualquier forma de selección cuantitativa, puede considerarse que los intercambios de operadores ajenos a la red, siempre que sean lícitos, constituyen una especie de válvula de seguridad que requiere protección también desde el punto de vista de la garantía.

29. Sin embargo, en cualquier caso, no es ésta la consideración fundamental. Estimo, en efecto, que, aunque el sistema de distribución fuera verdaderamente cualitativo, la limitación de la garantía tan sólo a los productos que vendan los concesionarios oficiales podría tener también efectos restrictivos de la competencia incursos en la prohibición del apartado 1 del artículo 85.

30. A este respecto, debe partirse de la base —ya recordada en otras ocasiones— de la legalidad de las ventas que operadores independientes, como Metro, efectúan fuera de la red. Si éste no fuera el caso, como, por ejemplo, cuando se trata de productos falsificados, resulta patente que ni siquiera se plantearía el problema de la garantía, por cuanto el productor podría utilizar otros remedios, mucho más contundentes que la negativa de la garantía, para oponerse a las ventas ilegales de sus productos. Por otra parte, y con carácter general, es evidente que la garantía del fabricante se aplica únicamente a los productos originales y ciertamente no a los productos falsificados.

En el caso de autos, como ya he indicado anteriormente, Cartier no alega que se hayan comercializado ilegalmente los productos vendidos por Metro, y respecto a los cuales se negó la garantía: se trata, por ende, de productos no falsificados.

31. A ello debe agregarse el hecho de que todas las partes —incluso la propia Cartier— hayan insistido en afirmar que una cierta comercialización fuera de la red es un fenómeno completamente *normal* en la realidad comercial, que puede perfectamente coexistir con los sistemas de distribución oficiales; e incluso que, cuando tiene lugar, surte efectos *beneficiosos*sobre la competencia.

32. Sin embargo, si ello es cierto, no se comprende por qué debería reconocerse al productor la facultad de utilizar la negativa de garantía como un instrumento, como un arma, para perjudicar a los operadores comerciales que, no obstante, desarrollan una actividad que él mismo reconoce no sólo como conforme a Derecho sino incluso como positiva para la competencia.

En realidad, el Derecho comunitario en materia de prácticas colusorias reconoce y protege el derecho del productor a establecer sistemas selectivos y obligar a los propios concesionarios a vender los productos objeto del contrato (además de a los consumidores finales) únicamente a otros comerciantes autorizados. No obstante, una vez que, por el motivo que sea (extensión territorialmente limitada de la red oficial, legislaciones de otros países que no permiten la prohibición contractual de las ventas a operadores ajenos a la red, imposibilidad de asegurar la estanqueidad del sistema u otro), se desarrolle un comercio *lícito* al margen de la red, no se comprende por qué no puede protegerse esta actividad comercial al igual que todas las demás, también desde el punto de vista de la garantía.

33. En mi opinión, esta tesis se sustenta también en consideraciones inherentes a la *protección del consumidor,* las cuales no deberían ser ajenas a la interpretación del artículo 85 del Tratado. Admitir, en realidad, la limitación de la garantía implica que los consumidores que hayan adquirido *legalmente* productos *originales* de operadores independientes, sólo por ello, queden desprovistos de la garantía del productor por defectos de fabricación. Se trata de una *discriminación* absolutamente injustificada, al menos mientras se trate de defectos imputables al productor y no al comerciante independiente que ha distribuido el producto.

34. Por otra parte, Cartier alega que la limitación de la garantía se justifica por otras consideraciones. Según Cartier, la comercialización fuera de la red aumenta el factor de riesgo inherente a cualquier compromiso de garantía del fabricante. Afirma que sólo los comerciantes especializados están en condiciones de conservar los productos del mejor modo posible y, al mismo tiempo, reducir al mínimo el riesgo de que se produzcan daños. Por el contrario, la obligación de garantizar incluso los productos vendidos fuera de la red expone al productor a riesgos y, por lo tanto, a gastos insostenibles. En realidad, Cartier precisa que la contribución específica que aportan los concesionarios autorizados para la óptima conservación de los productos consiste, esencialmente, en la puntual y oportuna sustitución de las pilas de cuarzo, en la utilización, a tal fin, de pilas especiales y, en algunas circunstancias, en la sustitución de las juntas herméticas.

35. Personalmente considero que se corre el riesgo de sobrevalorar el cometido de los concesionarios autorizados. Incluso los comerciantes ajenos a la red pueden ser profesionales serios y poseer los conocimientos e instrumentos necesarios para asegurar una conservación y puesta en funcionamiento de los productos más que correcta; en realidad, no considero que comerciante independiente sea sinónimo de comerciante no especializado o, peor aún, de comerciante inepto.

En cuanto al presente caso, procede recordar que el OLG, en su resolución de 20 de diciembre de 1988 [apartado f) de los fundamentos de Derecho], ya declaró que«los servicios de mantenimiento y garantía que el propio concesionario debe prestar se limitan esencialmente a prestaciones más bien periféricas [...], mientras que las intervenciones en el "corazón" del reloj siguen reservadas tan solo al fabricante»; y que, si bien es indudable que los servicios que competen al concesionario exigen un equipo técnico mínimo, puede dudarse, en cambio, de que tal equipo plantee «exigencias técnicas, artesanales o financieras de tal naturaleza que no puedan ser satisfechas por muchos otros comerciantes minoristas de relojes o por los

departamentos especializados de grandes almacenes que dispongan del personal adecuado».

36. Teniendo en cuenta lo que acaba de indicarse, puede albergarse alguna duda sobre el hecho de que la venta de los relojes Cartier por parte de Metro comporte riesgos técnicos de tal entidad que comprometan la gestión del sistema de garantía establecido por el fabricante.

37. Pero incluso más allá de este aspecto, considero esencial otra consideración. Aun suponiendo que los concesionarios autorizados presten servicios técnicamente complejos que los comerciantes no autorizados no estén en condiciones de ofrecer y que, además, dichas prestaciones sean determinantes para evitar que surjan *ciertos* problemas y fallos técnicos, se trata de un aspecto meramente fáctico que evidentemente debe dilucidar el Juez nacional.

Ahora bien, en tal caso, el productor podrá ciertamente negarse a garantizar aquellos defectos que sean *consecuencia* de la omisión o de la realización incorrecta de las indicadas prestaciones por parte del comerciante independiente.

No existe razón alguna que permita al productor dejar de garantizar vicios que nada tienen que ver con dichas prestaciones y que, en otros términos, habrían podido darse fácilmente aunque la comercialización del producto hubiera correspondido a un concesionario autorizado.

38. A mi juicio, esta solución resulta apta para conciliar los diversos intereses contrapuestos. Por un lado, el interés del productor de no responder por daños que podrían haberse evitado si el producto hubiera circulado por el conducto oficial. Por otro, el interés de los comerciantes independientes y de sus compradores en que, en lo tocante a la garantía, no existan *discriminaciones* indebidas respecto a los productos vendidos al margen de la red: discriminaciones indebidas que ciertamente tendrían lugar si el productor pudiera negar la garantía incluso por defectos que, en absoluto, fueran imputables al comerciante independiente.

De este modo, en el presente asunto, Cartier —si realmente sus afirmaciones fueran fundadas— podría negar la garantía por un daño relacionado con la falta de sustitución o incorrecta sustitución de las pilas o de la junta hermética, pero no podría negarse a garantizar un daño debido, por ejemplo, a un defecto de los materiales de fabricación.

Ello debería aplicarse, con mayor razón, en tanto en cuanto la garantía de Cartier se configura como una garantía por «defectos de fabricación»; el compromiso que asume el productor frente al adquirente —como resulta del correspondiente«certificado de garantía» que acompaña a los relojes vendidos— no debería, de todos modos, cubrir los daños imputables al comerciante independiente.

39. Por consiguiente, considero que el compromiso del productor, contenido en el «certificado de garantía», consistente en garantizar los defectos de fabricación debe ser igualmente eficaz frente a los consumidores que hayan adquirido el mismo producto de comerciantes no autorizados, con la única

excepción de aquellos defectos que sean consecuencia de la falta de realización o de la realización incorrecta por parte del comerciante no autorizado de las prestaciones que normalmente efectúa el concesionario autorizado.

40. Esta solución, naturalmente, puede referirse no sólo a los productos de que se trate, sino, en su caso, también a otras categorías de productos objeto de distribución selectiva y amparados por la garantía del fabricante.

41. A la luz de estas consideraciones, propongo al Tribunal que se pronuncie en los siguientes términos:

«1. En un sistema de distribución selectiva, el mero hecho de que, además de los concesionarios oficiales, comerciantes que no forman parte de la red de distribución selectiva vendan legalmente los productos objeto del contrato, en los mismos mercados, no basta para determinar la incompatibilidad del propio sistema con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

2. El apartado 1 del artículo 85 del Tratado impide que, en el marco de un sistema de distribución selectiva, un productor, de acuerdo con los concesionarios autorizados, excluya de la garantía por defectos de fabricación a los productos que comerciantes no autorizados vendan legalmente. Sin embargo, el adquirente no podrá invocar dicha garantía en relación con defectos o daños del producto que sean consecuencia de la no realización o de la realización incorrecta por parte del comerciante no autorizado de las prestaciones que normalmente efectúan los concesionarios autorizados.»