

Envío: 04-01-2013

Aceptación: 17 -01-2013

Publicación: 08-02-2013

LA CARA OCULTA DE LA DISTRIBUCIÓN EN EL SECTOR DE LA COSMÉTICA: RESPONSABILIDAD Y ENCROACHMENT

**THE HIDDEN FACE OF DISTRIBUTION IN COSMETIC
SECTOR: RESPONSIBILITY AND ENCROACHMENT**

Dra. Asunción Hernández Fernández¹

1. Profesora contratado Doctor. Departamento de Comercialización e Investigación de Mercados. Facultad de Economía. Universidad de Valencia.

RESUMEN

El sector de la cosmética es un sector de primer nivel, con un mercado de gran relevancia y complejidad, no sólo por la feroz competencia nacional e internacional entre fabricantes, sino también por el éxito de ventas de las marcas del distribuidor. Además, en la Comunidad Europea se aplica a este sector una legislación rigurosa con la imposición de fuertes responsabilidades respecto de la seguridad de productos y garantías de los mismos, y por la regulación de la intromisión en la clientela o *encroachment*, aspectos ambos que representan la cara oculta de la distribución en el sector de la cosmética. Este trabajo analiza todo este entramado, intentando aportar un poco de luz jurídica y concluyendo con unas estrategias para los departamentos de marketing de los distintos distribuidores de este sector.

ABSTRACT

The cosmetics sector is a first level industry, with an importance and complexity market, not only by fierce national and international competition between manufacturers, but also by the success of retailing brands. Moreover, a stringent legislation is applied to this sector by the European Community, imposing strong responsibilities for product safety and guarantees thereof, and by regulating the encroachment, both of which represent the hidden side of the distribution in the cosmetics sector. This paper analyzes these problems trying to bring some light and concluding with some strategies for the marketing departments of retailers in this sector.

PALABRAS CLAVE

Distribución; Cosméticos; Responsabilidad; Intromisión; Producto defectuoso.

KEY WORDS

Distribution, Cosmetics, Responsibility; Encroachment; Defective product.

INTRODUCCIÓN

El sector de la cosmética es un sector industrial y económico de primer nivel, con un mercado de gran relevancia y complejidad (Nancy *et al.*, 2009), no sólo por la feroz competencia nacional y transfronteriza (Edgar y Rachman-Moore, 2008) sino también por la existencia y aplicabilidad de una legislación rigurosa en materia de protección de los consumidores, con la imposición de fuertes responsabilidades respecto de la seguridad de productos y garantías de los mismos, y por la regulación de la intromisión en la clientela o *encroachment*, aspectos ambos que representan la cara oculta de este sector.

El sector contempla la comercialización de una amplísima diversidad de productos. La acentuación de la preocupación social por el cuidado personal, el incremento de la autoestima y el desarrollo de las emociones, son aspectos directamente relacionados con la calidad y el bienestar social y que han provocado que el sector cosmético despunte aún en épocas de crisis (Von Stein, 2009). Efectivamente, la complejidad y variedad del mercado (globalización, internacionalización, concentración, marcas, mercado laboral, etcétera) ha supuesto el tránsito desde la tradicional distribución comercial basada en la coexistencia de grandes organizaciones comerciales y pequeños comercios, hacia la multidiversidad en la distribución actual (Küster *et al.*, 2010).

Esta situación ha revelado la variedad y complejidad de las formas comerciales y de los cambios continuos en la orientación competitiva del mercado consecuencia, en gran manera, de la entrada en escena del comercio electrónico caracterizado, entre otras cosas, por la desintermediación, la deslocalización y transnacionalidad de la actividad, la pluralidad de intervinientes de difícil identificación y ubicación, la inseguridad en la fiabilidad de las comunicaciones, la dificultad para que sirvan las reglas de tiempo y espacio habituales dada la instantaneidad de las comunicaciones, la ruptura de la periodicidad, la universalidad de las coordenadas espaciales que no se encuentran vinculadas a un determinado país (Hernández, 2008). Al mismo tiempo, los consumidores se han visto influidos por un amplio conjunto de factores económicos, sociales, demográficos, tecnológicos y culturales que han modificado sus hábitos de compra.

Por ello, este artículo analiza las dos vertientes menos conocidas u ocultas de las relaciones fabricante-distribuidor-consumidor:

- 1) En las estrategias de marketing no sólo es importante que el fabricante-distribuidor preste atención a la satisfacción de los consumidores con sus productos, sino que además, deben implementar estrategias de fidelización mediante una buena política de responsabilidad y garantías posventa.
- 2) Al mismo tiempo, y atendiendo a la posibilidad legal de la libre prestación de servicios, es importante que en las relaciones internas del fabricante-distribuidor no se produzcan situaciones de intromisión ajena en la clientela del minorista (*encroachment*), al proceder a la apertura o reubicación de un establecimiento del que es titular el mismo fabricante en las proximidades del establecimiento del distribuidor afectado.

LA DISTRIBUCIÓN EN EL SECTOR DE LA COSMÉTICA

UN SECTOR STRICTAMENTE REGULADO

Desde hace décadas, los productos e ingredientes están sometidos a una estricta y rigurosa regulación y supervisión, tanto a nivel nacional por las Autoridades Sanitarias como en la Unión Europea por la Comisión y el Parlamento Europeo. La normativa que afecta a la distribución del sector de la cosmética se ha caracterizado por ser extensa y cambiante, debido a las necesarias adaptaciones a los cambios en los mercados (Dtearea5 Consultores, 2010).

El nuevo **Reglamento (CE) n° 1223/2009** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 sobre los productos cosméticos (que deroga la Directiva 76/768/CEE con efectos a partir del **11 de julio de 2013**, salvo el artículo 4 ter, con efectos a partir del 01 de diciembre de 2010), armoniza íntegramente las normas comunitarias en materia de cosmética y persigue varias finalidades, según dispone su propio texto:

- El Reglamento impone normas claras y detalladas, que no dejan lugar para transposiciones divergentes por parte de los Estados.
- Al ser un reglamento garantiza que todos los requisitos legales se apliquen al mismo tiempo en toda la Comunidad Europea.
- Con él, se pretende simplificar los procedimientos y racionalizar la terminología reduciendo así las cargas administrativas y ambigüedades.
- Además, refuerza determinados elementos dentro del marco regulador de cosméticos.
- También se pretenden establecer claras responsabilidades en la cadena de suministro de estos productos y garantizar la eficacia de las medidas contra la falsificación de productos.
- Contiene otras normas relacionadas con la calidad y seguridad de los productos, información al consumidor, así como la efectividad de la prohibición de experimentar con animales con los productos cosméticos acabados y el fomento de métodos alternativos, entre otras.

EL TÉRMINO "COSMÉTICOS" Y LAS ESTRATEGIAS DE DISTRIBUCIÓN DE DICHO SECTOR

Aunque el término "cosméticos" engloba según, el Reglamento (CE) 1223/2009 una extensa relación de productos, habitualmente se emplea para hacer referencia a una amplia variedad de jabones, geles, champús, desodorantes, barras de labios, lacas, protectores solares, perfumes, cremas y maquillaje o cosmética decorativa, etc. Tal volumen y diversidad implica a su vez un alto grado de especialización. La tecnología específica que exige cada uno de los productos, los elevados estándares requeridos, y la necesidad de atender las expectativas del consumidor, hacen que el sector cosmético agrupe en realidad al menos a cinco subsectores: el mercado general de gran consumo, los productos de peluquería profesional, los productos específicos para la estética profesional, la dermo-

cosmética o cosmética farmacéutica y el mundo de la perfumería y la cosmética *premium*, el producto más selectivo (Dtearea5 Consultores, 2010). En España están presentes la práctica totalidad de las primeras firmas mundiales (L'Oreal, LVMH, Procter&Gamble, Shiseido, PPR, Estée Lauder, Chanel y Clarins), compitiendo con fabricantes nacionales de gran relevancia (Puig Beauty y Fashion Group).

De acuerdo con este amplio despliegue de productos, encontramos también una gran variedad de estrategias de distribución (Grönroos, 2000). En lo referente a las estrategias seguidas por los fabricantes del sector de cosmética para la distribución de sus productos existen tres tipos o sistemas: distribución intensiva, distribución selectiva y distribución exclusiva. Por lo general la elección depende del tipo de producto y el canal, así la distribución intensiva es elegida cuando el producto es de compra frecuente, sobre todo los productos de higiene personal, la distribución selectiva para productos de perfumería gama media/alta, y la distribución exclusiva para las grandes marcas (Dtearea5 Consultores, 2010).

Siguiendo lo establecido en el informe del 2010 para el Tribunal gallego de defensa de la competencia, la estrategia de distribución intensiva busca colocar el producto en todos los puntos posibles de venta. El objetivo es que el producto esté disponible para el mayor número de consumidores en el mayor número de establecimientos posibles. La distribución selectiva se utiliza cuando un producto o marca se coloca en un número reducido de puntos de venta dentro de un área geográfica definida. Este tipo de distribución es importante ya que permite seleccionar a los intermediarios del canal en función de su capacidad, ubicación, interés en el producto y artículos de la competencia que se asemejan. El objetivo es proyectar una imagen favorable de marca (Grönroos, 2000). Por otro lado, también puede beneficiar a todas las organizaciones del canal si se consiguen localizar intermediarios eficaces. Muchas empresas en los últimos años optaron por este tipo de distribución como por ejemplo Lancôme, Biotherm, Cacharel, Giorgio Armani, Ralph Lauren o L'Oreal. Por último, la distribución exclusiva, tiene como fin el distribuir un producto a través de un sólo distribuidor en una determinada zona, el cual se compromete a no vender marcas competidoras o productos de la misma categoría. La ventaja que aporta al fabricante es la diferenciación de su producto con una política de alta calidad, prestigio y calidad de servicio, al haber una estrecha colaboración entre fabricante y distribuidor es fácil la puesta en marcha de este programa de calidad. Dentro de la distribución exclusiva toma especial relevancia la figura de la franquicia, sistema de marketing vertical contractual que organiza la distribución de bienes y servicios. A través de esta relación contractual una empresa (franquiciador) concede a otra (franquiciada) el derecho de explotar un comercio en un territorio delimitado, según unas normas definidas y bajo una enseña o marca dada (Dtearea5 Consultores, 2010).

LA CARA OCULTA DE LA DISTRIBUCIÓN EN EL SECTOR DE LA COSMÉTICA

LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE-DISTRIBUIDOR

Al margen de consideraciones sobre otros antecedentes y sobre su común desarrollo en el ámbito penal, podemos afirmar que la primera base sobre la que se asentó la noción técnico jurídica de responsabilidad, en parte aún vigente en la actualidad, no era en una noción dogmática o sistemática para todo caso, sino más bien pragmática, concebida caso a caso (propio de la flexibilidad y adaptabilidad de la jurisprudencia clásica) fundada en la idea de *“alterum non laedere”* o lo que es lo mismo, “no dañar al otro” aún cuando dicho daño no fuera apreciable como “crimen” o “delictus” (Diez y Ponce de León, 2004).

La responsabilidad civil se puede entender como la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o por un equivalente monetario, (normalmente mediante el pago de una indemnización por daños y perjuicios). Aplicamos el concepto de “persona” en sentido amplio, tanto persona física como jurídica. Y en este sentido, especialmente en los últimos años y como consecuencia del proceso de armonización de legislaciones entre los diferentes Estados, las empresas, tanto fabricantes como distribuidores, están soportando un alto grado de litigiosidad tanto en el ámbito nacional como internacional no solo en las relaciones B2B sino también y sobre todo en las relaciones B2C, asumiendo una responsabilidad civil más extensamente regulada.

Existen diversos momentos en el transcurso de la relación fabricante-distribuidor-consumidor capaces de generar satisfacción o insatisfacción, pero el más determinante dependiendo de la respuesta obtenida, a la luz de la estadística conflictual actual, es el que denominaríamos “prestación del servicio asociado al producto objeto de intercambio en el momento posterior de la venta cuando se inicia el planteamiento de quejas, reclamaciones, devoluciones u otros servicios postventa”. De los diferentes supuestos existentes, vamos a centrarnos en dos: Responsabilidad por falta de conformidad del producto y responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

RESPONSABILIDAD POR FALTA DE CONFORMIDAD DEL PRODUCTO

De todos es conocido que en el proceso de venta de un producto tanto el comprador como el vendedor asumen una serie de obligaciones de imperativo cumplimiento. Las contraprestaciones de las partes (entrega, conformidad, pago del precio) tienen una triple dirección, del fabricante al distribuidor o minorista y de éste al consumidor final, pero también a la inversa, del consumidor al minorista y de éste al productor o fabricante pudiendo, en determinados casos, el consumidor dirigir su acción directamente contra el fabricante. Así lo afirma el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuando en su artículo 114 establece que “el

vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto”. Incluyendo en el ámbito de aplicación de esta norma, según el artículo 115.1, “los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse”, literalidad aplicable al sector de la cosmética que nos ocupa.

Además, el Reglamento (CE) 1223/2009 sobre los productos cosméticos, que entrará plenamente en vigor el 11 de julio de 2013, establece a estos efectos en sus artículos 4 y 5 que, se deberá designar a una **persona responsable** establecida en la Comunidad Europea por cada producto comercializado en el mercado comunitario. Esta persona (en sentido amplio) garantizará la conformidad de los productos con las normas del Reglamento. En particular, garantizará el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la salud, seguridad e información a los consumidores. Igualmente, mantendrá un expediente de información sobre los productos a disposición de las autoridades públicas.

Para asegurar la trazabilidad del producto, la persona responsable deberá poder identificar a los distribuidores a los que suministra los productos cosméticos, durante un periodo de tres años a partir de la fecha en que el lote del producto cosmético haya sido puesto a disposición del distribuidor. Se aplicará lo mismo a los demás agentes de la cadena de suministro.

En caso de **no conformidad de un producto**, la persona responsable adoptará las medidas oportunas para hacer que el producto sea conforme, para retirarlo del mercado o para solicitar su devolución al fabricante en cualquier Estado miembro en el que el producto se encuentre disponible. Si la persona responsable no adopta las medidas adecuadas, las autoridades nacionales competentes podrán adoptar las medidas correctoras necesarias.

Si por el contrario, un producto, conforme a las exigencias del Reglamento, plantea o puede plantear un riesgo grave para la salud humana, la autoridad nacional competente adoptará todas las medidas provisionales oportunas para retirar, recuperar o restringir la disponibilidad de dicho producto en el mercado.

Por lo tanto, y a raíz de lo anteriormente mencionado, dentro del sector de la cosmética, la primera pregunta que debemos abordar es ¿qué se entiende por conformidad del producto con el contrato suscrito por las partes?, el artículo 116 del RDL 1/2007 nos indica que “*Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable*”. En consecuencia, todo cosmético adquirido por el comprador tendrá la condición de “conforme” si:

- a) se ajusta a la descripción realizada por el vendedor y pose las cualidades del producto que el vendedor ha presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo.
- b) es apto para los usos a que ordinariamente se destinan los productos del mismo tipo.

c) es apto para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando, esta exigencia fue puesta en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, y siempre que éste haya admitido que el producto es apto para dicho uso;

d) presenta la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado.

Habida cuenta de la proliferación de la publicidad por Internet y de la rapidez de los cambios en los contenidos de las páginas web donde se indican no sólo las características de los productos cosméticos ofertados, sino también las condiciones generales de la contratación cuyo clausulado, la ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico modificada por la ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, expone que es de obligado cumplimiento para ambas partes, al igual que si se tratara de una publicidad y/o contratación tradicional. El RDL 1/2007 establece asimismo en el artículo 116 que *“el vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto”*.

Adicionalmente, la buena fe del fabricante y del distribuidor queda a salvo al prever el legislador la posibilidad de una exoneración de la responsabilidad *“por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario”*

Ahora bien, y asumiendo el supuesto de falta de conformidad en el producto, debemos abordar en este momento la segunda cuestión importante, ¿en qué consiste la responsabilidad del vendedor, o en su caso la del productor o fabricante? El artículo 118 del RDL 1/2007 establece que el comprador tiene derecho a las siguientes opciones: a) derecho a la reparación del producto, b) a su sustitución, c) a la rebaja del precio, o d) a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en la norma.

En principio, toda acción exigiendo la responsabilidad enunciada se dirigirá contra el vendedor o distribuidor, pero también cabe la posibilidad de que sea el fabricante el que deba responder de esa falta de conformidad, bien directamente frente al comprador o, bien indirectamente tras el ejercicio de la acción de repetición del distribuidor contra el productor. Y así lo establece el artículo 124 del RDL 1/2007 al indicar que: *“Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto. Con carácter general, y sin perjuicio de que la responsabilidad del productor cesara, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el*

vendedor, el productor responderá por la falta de conformidad cuando ésta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan. Quien haya respondido frente al consumidor y usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento”.

La actitud positiva o negativa del fabricante, su respuesta eficiente y responsable, como mejora continuada del servicio postventa que presta, frente a las exigencias del distribuidor derivadas de las reclamaciones o quejas planteadas por el comprador por el objeto de la compra, redundará en una satisfacción no solo del comprador, que verá solucionada su controversia, sino y sobretodo del minorista, afianzando las relaciones que los unen especialmente en épocas de crisis cuando las empresas intentan defenderse en un entorno especialmente hostil y caracterizado por una alta competitividad del mercado.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS COSMÉTICOS DEFECTUOSOS.

El aumento de los daños ocasionados por productos defectuosos ha puesto de manifiesto la exigencia y la necesidad de una reglamentación específica para este tipo de responsabilidad (Martin, 2000). En principio, ante la ausencia de textos legales concretos, se producía una extrapolación a esta materia de la normativa prevista para otros tipos de responsabilidad. Pero esta extrapolación no siempre condujo a resultados satisfactorios, tanto por lo específico de la conducta que aquí se trata, como por la complejidad de aspectos jurídicos que esta clase de responsabilidad envuelve: civil, penal y mercantil.

En los últimos años, y a raíz de diversos sucesos que han puesto en peligro la integridad y seguridad de los ciudadanos europeos, esta materia ha sido objeto de múltiples modificaciones tanto a nivel comunitario, con la inclusión de la misma en el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), como internacional, con el Convenio de la Haya sobre la responsabilidad por productos.

En nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de este tipo de responsabilidad estaba contenida en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; que ha sido derogada, en parte, por la Ley 44/2006 de mejora de la protección de consumidores y usuarios, y desarrollada por el Real Decreto Legislativo 1/2007 que hemos mencionado en párrafos anteriores.

La literalidad de los artículos 132 y siguientes del RDL 1/2007 nos facultan para afirmar y someter la relación fabricante-distribuidor en el sector cosmético bajo el prisma de la responsabilidad solidaria, es decir, si el perjudicado prueba que ha existido el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, según el artículo 132, “*las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño*”.

No obstante, la facultad del perjudicado para ejercitar la acción de reparación de los daños y perjuicios prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción de repetición a la que hemos hecho alusión anteriormente, es decir, del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización. Sin embargo, para los supuestos de desidia o negligencia en el tiempo del perjudicado, el legislador determinó la extinción de la responsabilidad de los actores (productor y/o distribuidor) ya que los derechos del perjudicado se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto cosmético concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial

Así pues, nos encontramos nuevamente ante una de las principales materias donde se exige la capacidad de respuesta eficaz de la relación entre un fabricante y su distribuidor, generando satisfacción o insatisfacción en la misma, cuando se inicia el planteamiento de quejas, reclamaciones o devoluciones por parte de los consumidores. Y ello sobre la base del artículo 135 del RDL 1/2007 que establece como principio general la responsabilidad directa de los productores o fabricantes de los daños causados por los defectos de los productos (cualquier cosmético) que, respectivamente, fabriquen o importen, y no del distribuidor, aunque si éste asume la responsabilidad ante el consumidor o comprador final, posteriormente podrá ejercitar la acción de repetición contra el fabricante.

Toda la construcción, por tanto, gira en torno a la conceptualización del término “producto defectuoso”, entendiéndose por tal, según el artículo 137, *“aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie”*. Por el contrario, un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada.

Como ha quedado patente, la cara oculta de la distribución en el sector de la cosmética en el sentido de edificación de la teoría de la responsabilidad del productor y/o distribuidor se asienta en objetivos basados en el justo reparto de los riesgos inherentes a una sociedad moderna caracterizada por un alto grado de tecnicidad, la protección de la salud de los consumidores, el incentivo a la innovación, la garantía de una competencia no falseada y la simplificación de los intercambios comerciales. Por ello, y como consecuencia del principio de justicia efectiva y el de seguridad jurídica, el legislador, en el artículo 140, instauró un sistema de exoneración de la responsabilidad para el productor, siempre y cuando éste pruebe, algunas de las siguientes condiciones:

- a) que no había puesto en circulación el producto cosmético;
- b) que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto;
- c) que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial;
- d) que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes;
- e) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

Controvertidas discusiones han suscitado estas condiciones, especialmente a la hora de determinar la imputación o no de los actores por riesgos de desarrollo. En definitiva, según aceptación mayoritaria (Marco, 2007), si los riesgos de desarrollo exoneran o liberan de responsabilidad al fabricante no es por la ausencia de culpa o impericia en su conducta, sino porque los daños que se derivan de ellos legalmente se declaran no imputables al fabricante. Esto es, son daños que la ley decide no poner a su cargo como decisión de política legislativa, para no obstaculizar y retrasar el avance científico, el desarrollo de nuevos productos y la innovación en dicho sector.

LA INTROMISIÓN EN LA CLIENTELA AJENA O "ENCROACHMENT"

La Ley 17/2009 vino a consolidar las libertades básicas de establecimiento y de libre prestación de servicios y al mismo tiempo permitió suprimir las barreras y reducir las trabas que restringían injustificadamente el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio sea en el Estado Miembro que sea, no pudiendo las Administraciones Públicas poner restricciones injustificadas en aras de la protección de sus empresarios o comerciantes, sino todo lo contrario, los instrumentos de intervención de las Administraciones Públicas en este sector deben de ser analizados pormenorizadamente y ser conformes con los principios de no discriminación, de justificación por razones imperiosas de interés general y de proporcionalidad para atender esas razones.

En seguimiento de esta línea de razonamiento, se podría dar, por tanto, el caso de que un fabricante de cosméticos extranjero con centros de distribución y venta directa al público en su país y con relaciones de distribución comercial en nuestro país, decida abrir directamente un establecimiento de venta al público en España, una vez suprimidas las anteriores restricciones administrativas y trabas burocráticas, en la zona de influencia de uno de sus distribuidores explotando así una misma clientela y evitando la intermediación de terceros, o hacerlo utilizando una plataforma online, sin respetar los acuerdos anti-competencia previamente suscritos.

NOCIÓN Y EFECTOS DEL "ENCROACHMENT"

En el ámbito de las redes de distribución, en que tanto el cabeza de red como los miembros explotan una clientela común (Bercovitz, 2005), el término *encroachment* ha sido empleado por la jurisprudencia norteamericana para designar un conjunto de conductas intrusitas puestas en práctica por el cabeza de red que producen el efecto de pérdida de clientela respecto a uno o varios miembros de la red y la captación de dicha clientela directamente por el cabeza de red o por otro miembro de la red distinto a los anteriores.

La crisis mundial y la disminución de las ventas con la utilización de los mecanismos e instrumentos tradicionales han llevado a determinadas empresas productoras/cabezas de red, pertenecientes al sector de la cosmética, a abrir nuevos mercados y posibilidades comerciales (Pancras *et al.*, 2012), aun a expensas de asumir una actitud competitiva que afectaría directa y negativamente a sus distribuidores habituales y a los contratos bilaterales suscritos por ambas partes, pudiéndose hablar, para estos casos, de extrapolación de la figura del *encroachment* a las relaciones entre productores/cabeza de red y distribuidores comerciales (Piccolo y Reisinger, 2011).

El supuesto clásico es el de la apertura o reubicación de un establecimiento del que es titular el productor y cabeza de red en las proximidades del establecimiento del que es titular un distribuidor explotando la misma clientela (Pancras *et al.*, 2012). Dicha conducta, que se podría considerar intrusiva, está caracterizada porque dicha transferencia de

clientela no es fruto de una competencia por eficiencia, aunque conlleve una necesaria actividad competitiva de ejecución, sino de un comportamiento ilícito (contractual o extracontractualmente) y/o de un aprovechamiento injusto de la posición y buen nombre comercial del distribuidor afectado y perjudicado.

La causa jurídicamente relevante está en la voluntad del cabeza de red que realiza la apertura o reubicación, en cuanto la mera apertura o reubicación produzcan por sí solas y con independencia de cualquier actividad competitiva eficiente, el reparto de la clientela que anteriormente explotaba directamente el distribuidor que sufre el impacto y, en consecuencia, la eliminación o reducción de sus razonables expectativas de crecimiento.

El productor/cabeza de red es el actor único y principal de esta figura y puede resultar beneficiado de la misma al menos en dos formas: En primer lugar, como consecuencia del incremento de la clientela y volumen de ventas por parte del establecimiento nuevo o reubicado que exceda la pérdida de clientela del establecimiento impactado y, consecuentemente, el correspondiente incremento de los royalties por cifra de negocios o de los mayores encargos recibidos para suministrar los productos que fabrica o distribuye recibidos del nuevo establecimiento ((Piccolo y Reisinger, 2011). Y en segundo lugar, en determinados supuestos particulares, como consecuencia de la eliminación del mercado y de la red del establecimiento perjudicado ante la inviabilidad económica sufrida tras el impacto (Pancras *et al.*, 2012).

¿ENCROACHMENT VS. MARCA DEL DISTRIBUIDOR?

El movimiento protagonizado por las marcas del distribuidor en los segmentos de cosmética y perfumería, ha sido toda una revolución para los productores de estos productos, además de haber sido gratamente acogido por todos los consumidores, especialmente en estos últimos años de crisis profunda. Efectivamente, desde hace meses las tendencias detectadas en el consumidor confirman la racionalización de sus actos de compra a favor de las marcas del distribuidor en el sector de la cosmética (Resa, 2012). Lo cierto es que los canales de compra elegidos por los consumidores españoles son distintos que los utilizados por el resto de europeos (Nielsen 2011), así en España el canal favorito para las compras de productos cosméticos es el supermercado (65%), seguido por las tiendas especializadas (34%) y las farmacias (31%) para productos cosméticos de mas sofisticación o/y especialización. En Europa ganan las tiendas especializadas con cuatro puntos por encima de nuestro porcentaje.

Frente a esta feroz competitividad encabezada por las marcas del distribuidor, en términos generales, en el sector de gran consumo global, los fabricantes están adoptando políticas comerciales muy agresivas (Omar y Musa, 2008) para paralizar, en la medida de lo posible, el avance desmedido de las marcas del distribuidor (Resa, 2012). De ahí, que algunos fabricantes hayan esgrimido el argumento de la juridicidad intentando justificar la utilización del *encroachment*.

Sin intentar en estos momentos intentar solucionar esta controversia, sí que podemos afirmar, junto a Ruiz Peris (2007), que el *encroachment* en todo caso constituye una conducta antijurídica tanto en el caso de infracción de una estipulación contractual que reserve expresamente un área territorial, generalmente en términos de exclusiva al miembro de la red, acudiendo en estos casos la jurisprudencia (Sentencia Audiencia Provincial de Cantabria (AC 2002, 1730) y Sentencia Audiencia Provincial de Alicante (AC 2005, 236) a remedios contractuales o a la competencia desleal; como en casos en que la disposición contractual sea oscura o ambigua, no exista, e incluso confiera al cabeza de red expresamente el derecho a abrir nuevos establecimientos en cualquier lugar, siendo más compleja en estos casos el fundamento de la antijuridicidad encontrándose tradicionalmente en el principio de la buena fe y en la prohibición del engaño.

CONCLUSIONES

A luz de lo expuesto, son varias las conclusiones e implicaciones gerenciales para las empresas del sector de la cosmética. Para sobrevivir en la situación comercial actual, deben cuidar la forma de atender a sus clientes durante todo el proceso de interacción (antes, durante y después de la compra). Especial relevancia cobran el servicio y atención facilitada por el departamento de marketing y ventas, la estrategia de marketing, la atención telefónica, los agentes comerciales, la logística y entrega de mercancías; y los servicios postventa ofertados (Luo *et al.*, 2007). Y ello, frente a la imagen, diseño, calidad y/o variedad de los productos. Así, si bien es condición necesaria para la empresa ofertar productos que cumplan con determinados estándares; estos no condicionan la satisfacción global o la intención de compra futura. La experiencia en todo el proceso de venta se presenta como el factor clave de la continuidad de la relación fabricante-distribuidor-consumidor (Küster *et al.*, 2010). En segundo lugar, los resultados muestran el importante papel que pueden jugar los pequeños minoristas que facturan bajos volúmenes a la empresa. Estos distribuidores también son capaces de desarrollar altos niveles de fidelidad si quedan satisfechos con la empresa. Por tanto, los fabricantes no deberían primar a los “grandes” distribuidores desarrollando programas de lealtad y condiciones preferentes sólo para ellos. Los “pequeños” minoristas tienen un gran potencial, y su fidelidad puede llegar a ser una fuente de ventajas competitivas sostenibles en entornos turbulentos como el que actualmente acontece.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] **AC Nielsen.** (2011). *Informe sobre las marcas del distribuidor*. Octubre 2011.
- [2] **BERCOVITZ, A.,** (2005). “*Apuntes de Derecho mercantil*” Aranzadi, Pamplona.
- [3] **DIEZ, P Y PONCE DE LEÓN, L.** (2001). “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, pp.221-240.
- [4] **Dtearea5 Consultores** (2010). *Estudio sobre el sector de la distribución de perfumería y cosmética en Galicia desde el punto de vista de la competencia*. Tribunal de la competencia, Junta de Galicia.
- [5] **EDGAR, M. Y RACHMAN-MOore, D.** (2008). “International expansion and retail sales: an empirical study”, *International Journal of Retail & Distribution Management*, Vol. 36, nº 4, pp. 241-259.
- [6] **GRÖNROOS, C.** (2000). *Service Management and Marketing. A Customer Relationship Management Approach*, 2.ª Ed, United Kingdom: John Wiley & Sons.
- [7] **GRÖNROOS, C.** (2000): “Relationship marketing: interaction, dialogue and value”. *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresas*, Vol. 9, 3, pp.13-24.
- [8] **HERNÁNDEZ, A,** (2008) “*Aspectos internacionales de la contratación electrónica. El contrato internacional de Hosting*”, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 440.
- [9] **KÜSTER, I; VILA, N; HERNÁNDEZ, A.** (2010). Las relaciones fabricante distribuidor en la industria del mueble de la Comunidad Valenciana. Luces y sombras de la actividad empresarial. *El Derecho civil valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía*, Ed. Tirant lo Blanch, 568-618.
- [10] **MARCO, J.** (2007). “*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*”, Ed. Atelier, Barcelona.
- [11] **MARTIN, M.** (2000). “Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos”, *InDret*, n. 1, pp. 1-7.
- [12] **NANCY M.; PUCCINELLI, A.; RONALD C.; GOODSTEIN B; DHRUV C; ROBERT D; PRIYA E, Y DAVID F,**(2009). “Customer Experience Management in Retailing: Understanding the Buying Process”, *Journal of Retailing*, Vol. 15, nº 1, pp. 15–30.
- [13] **OMAR, A. Y MUSA, R.** (2008). “The Role of Perceived Equity in Relationship Quality and Relationship Outcomes: An Investigation of Retail Royalty Programmes in Malaysia”, *The Business Review, Cambridge*, Vol. 9, 2, pp 345, 354.
- [14] **PANCRAS, J; SRIRAM, S, Y KUMAR, V.** (2012). Empirical Investigation of Retail Expansion and Cannibalization in a Dynamic Environment. *Management Science* nº 58, pp. 2001-2018.
- [15] **PICCOLO, S Y REISINGER, M.** (2011). Exclusive Territories and Manufacturers' Collusion, *Management Science*, nº 57, pp. 1250-1266.

- [16] **RESA, S** (2012). Las marcas de distribuidor ganan cuota en perfumería y cosmética, *Distribución y Consumo*, nº 41, pp.1-7.
- [17] **VON STEIN, M.** (2009). “*La revolución del Shopsumer: un modelo para satisfacer mejor al nuevo cliente final de las empresas del sector de gran consumo*”. Ediciones Gestión 2000, Madrid.