



Roj: **SJM M 1231/2018 - ECLI: ES:JMM:2018:1231**

Id Cendoj: **28079470112018100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **14/06/2018**

Nº de Recurso: **179/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **CARMEN GONZALEZ SUAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 11 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 3 - 28013

Tfno: 914930483

Fax: 914930480

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0040118

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 179/2016

Materia: Derecho mercantil

Clase reparto: DEMANDAS ART. 101 Y 102 UE

grupo 3

Demandante:: MODIPE SA

PROCURADOR D./Dña. ANTONIO RAFAEL RODRIGUEZ MUÑOZ

Demandado:: PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED

PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 11 DE MADRID

JO 179/16

SENTENCIA

En Madrid a catorce de junio de 2018.

Vistos por D.^a Carmen González Suárez, magistrada titular del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid en juicio oral y público los autos registrados entre los de su igual clase con el nº arriba referenciado, identificado el proceso por los siguientes elementos:

Tipo de procedimiento : Juicio Ordinario.

Parte actora : MODIPE, S.A. procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, abogados D. Jesús Almuquera García, D. Luis Antonio Velasco San Pedro y, D. Antonio Góngora Oliver.

Parte demandada : PERKINS ENGINES GOMPANY LIMITED, procurador, D. Ramón Rodríguez Nogueira, abogado D. Joaquín María Almuquera Valencia y, D. Antonio Entrena López - Peña.

Pretensión deducida : defensa de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- DEMANDA Y AMPLIACIÓN

Ingresó en este Juzgado en fecha 31 de marzo de 2016, presentada por el procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz en representación de MODIPE, S.A. formulando demanda en materia de defensa de la competencia contra PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED e interesando se dicte sentencia por la que (...)

(a) Se *DECLARE* que PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED ha infringido los artículos 3.3 del Tratado de la Unión Europea, 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, 1 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, así como los demás preceptos del Derecho de defensa de la competencia de concurrente aplicación.

(b) Se *DECLARE* que las conductas anticompetitivas de PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED suponen asimismo la infracción de los artículos 1 y 15.2 de la Ley de Competencia Desleal.

(c) Se *CONDENE* a PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED a indemnizar a MODIPE, S.A. los daños y perjuicios ocasionados mediante el pago de 19.524.031,86 euros.

(d) *SUBSIDIARIAMENTE*, en el hipotético caso de que se considere que los daños y perjuicios no ascienden a la suma indicada anteriormente, se *CONDENE* a PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED a indemnizar a MODIPE, S.A. los daños y perjuicios ocasionados mediante el pago de 14.929.613,86 euros.

(e) Se *DECLARE* que, en cualquiera de los dos casos anteriores, PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED tendrá que indemnizar a MODIPE, S.A. los daños y perjuicios derivados de la disolución de MODIPE S.A., referidos en el Hecho Séptimo de este escrito".

(f) Y, todo lo anterior, con expresa imposición de las costas a PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED.

En el escrito de demanda se consignan los fundamentos de hecho y de derecho que se estiman convenientes, y se adjuntan a tal escrito una serie de documentos en prueba de lo manifestado.

Asimismo, en fecha 28 de abril de 2016, presenta escrito de ampliación de la demanda, solicitando:

(...) se declare y proceda a la compensación judicial de la deuda indemnizatoria a la que se condena a PERKINS con la deuda de 2.481.545,18 euros de MODIPE, S.A. frente a PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED.

Mediante decreto fue admitida a trámite la citada demanda.

SEGUNDO.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

El demandado fue emplazado regularmente, confiriéndoles el plazo legalmente fijado para personarse en autos y contestar a la demanda.

En fecha 10 de febrero de 2017 por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en representación de PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED presenta escrito de contestación a la demanda, solicitando su íntegra desestimación.

TERCERO.- AUDIENCIA PREVIA

En fecha 14 de septiembre de 2017 se celebró en sede judicial la misma.

En el citado acto, no siendo posible llegar a un acuerdo, tras la fijación de los hechos controvertidos, por ambas partes se propusieron las pruebas relacionadas en las notas de prueba obrantes en autos. Por S.S^a. se admitieron las pruebas pertinentes y útiles.

Por último se señaló fecha para el juicio.

CUARTO.- JUICIO

Se celebra el 27/02/2018. En la citada fecha, se practicaron las pruebas solicitadas y admitidas, con el contenido que obra en autos.

Las partes formularon sus conclusiones, ratificando sus pretensiones iniciales.

En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, a excepción de los plazos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DEL PROCESO. POSICIONES DE LAS PARTES.

1.1. MODIPE, S.A. (en adelante MODIPE), ejercita frente a PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED (en adelante, PERKINS) una acción del art. 101.2 TFUE solicitando: (i) la declaración de que por parte de la demandada



se ha infringido los artículos 3.3. del TUE , el art. 101 TFUE , y los artículos 1 y 3 de la LDC , así como (ii) la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al demandante que cuantifica en 19.524.031, 86 euros.

Asimismo, acumuladamente, ejercita una acción al amparo de la normativa reguladora de la competencia desleal, alegando que por la demandada ha incurrido en conductas infractoras del art. 15 apartados 1 y 2 LCD .

Fundamenta sus pretensiones, en síntesis, en que PERKINS, sociedad inglesa fabricante de motores, ha estado imponiendo a MODIPE (distribuidora para España de los productos de aquella), la condición contractual de no realizar ventas fuera de España, incluidas las "ventas pasivas".

Esta condición constituye una cláusula de protección territorial absoluta, prohibida tradicionalmente por las normas del Derecho de defensa de la competencia y por los reglamentos comunitarios aplicables a los "acuerdos verticales", entre los que se encuentran los de distribución comercial, dado que "su objeto" es compartimentar el mercado, falseando las condiciones de competencia. Dicha condición esta específicamente prohibida por el artículo 4.b del Reglamento (UE) 330/2010, sobre Acuerdos Verticales, aplicable también, en lo que respecta al Derecho español de defensa de la competencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Dada la ilicitud de la condición impuesta por PERKINS y las peticiones de motores recibidas de clientes radicados fuera de España, en un contexto de crisis económica que obligaba a apurar todas las posibilidades de negocio, en el año 2012 MODIPE decidió dejar de acatar dicha imposición. PERKINS reaccionó recortando los márgenes comerciales de MODIPE y, posteriormente, resolviendo unilateralmente su relación de distribución.

1.2. La demandada, PERKINS se opone a la demanda negando los hechos de la demanda, así como que haya incurrido en conductas anticompetitivas.

Asimismo, opone que:

a) las supuestas conductas anticompetitivas que se imputan a la demandada no guardan relación alguna con la indemnización que se reclama. Así, la actora pide en el suplico de la demanda que se declare que PERKINS ha infringido los artículos 3.3 del Tratado de la Unión Europea ; 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ; 1 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia ; y 1 y 15.2 de la Ley de Competencia Desleal . Sin embargo, aun cuando se hubiera cometido la conducta anticompetitiva que se regula en tales preceptos (prohibición de realizar ventas pasivas) ninguna indemnización se pide por este motivo, sino que la única indemnización que se reclama en la demanda son los daños derivados de la terminación del contrato de distribución que vinculaba a MODIPE y a PERKINS.

b) no se ha acreditado la existencia de daños y perjuicios indemnizables, por cuanto la única prueba que aporta la actora es un informe pericial que se limita a valorar el negocio de MODIPE, partiendo de la presunción de que la terminación de la relación contractual impediría a MODIPE continuar su actividad empresarial, sin analizar ni acreditar tal presunción, a pesar de que MODIPE puede continuar su actividad tras la terminación del contrato con PERKINS, y de hecho, continúa actualmente desarrollando su actividad empresarial.

c) la cuantificación de la indemnización es completamente incorrecta y desproporcionada, acudiendo a métodos de valoración absolutamente inidóneos (tomando como base el beneficio bruto, en lugar del neto, partiendo de premisas incorrectas, como la supuesta perpetuidad del contrato, comparando a MODIPE con empresas que operan en otros sectores y ámbitos geográficos distintos y no equiparables, y aplicando normativa que no se encuentra en vigor).

d) se trata de una demanda puramente instrumental, en la que subyace por un lado, la intención de MODIPE de eludir, vía compensación, el pago del importe que adeuda a la demandada ascendente a 2.481.545,18 euros y que le están siendo reclamado judicialmente en Inglaterra y, por otro, tratar de enriquecerse injustamente a costa de la demandada, negándose a aceptar el cese de su relación contractual.

SEGUNDO.- INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

2.1. Posiciones de las partes.

2.1.1. Como señalábamos en el anterior fundamento jurídico, sostiene la parte actora que PERKINS ha vulnerado los artículos 3.3. TUE , 4 b del reglamento de exención por categorías, el art. 101 TFUE , así como los artículos 1 y 15.2 de la LCD , por los siguientes motivos:

PERKINS ha venido imponiendo desde hace años a sus distribuidores la obligación de vender única y exclusivamente en sus respectivos territorios, prohibiéndoles las exportaciones paralelas. Es decir, PERKINS ha impuesto a sus distribuidores una "restricción por objeto" cuyo fin es la compartimentación del mercado de la Unión Europea; restricción que expresamente se considera "especialmente grave" en el artículo 4.b del Reglamento de Exención por Categorías .



esta prohibición no se ha referido únicamente a las "ventas activas", sino también a las "ventas pasivas". Así lo demuestran las respuestas de diversos distribuidores europeos que se han negado a vender a un cliente inglés (WELLAND POWER) por estar radicado en un territorio distinto al que PERKINS les ha asignado, a pesar de tratarse de contactos espontáneos con el distribuidor.

a pesar de que esta prohibición era contraria a sus intereses, MODIPE no tuvo más remedio que acatarla durante años. Sin embargo, en 2012, en un contexto de grave crisis económica y estando en riesgo su propia supervivencia, decidió dejar de acatar dicha prohibición cuando de manera espontánea le llegaron pedidos desde otros Estados Miembros.

si bien la prohibición de las exportaciones paralelas, incluidas las "ventas pasivas", no consta por escrito en ningún contrato, es obvio que PERKINS ha empleado medidas indirectas claramente dirigidas a compartimentar el Mercado Interior, induciendo a sus distribuidores a que no vendan fuera de sus respectivos territorios. Entre esas medidas indirectas, a las que expresamente se refieren las Directrices de la Comisión sobre Restricciones Verticales, MODIPE ha padecido, especialmente las siguientes:

PERKINS ha amenazado a MODIPE con retirarle descuentos en los precios previamente concedidos; y

PERKINS ha amenazado a MODIPE con la terminación de la relación contractual.

las anteriores medidas indirectas, en el caso de MODIPE, cobraron especial gravedad en tanto que PERKINS no dudó en emplearlas "conjuntamente con la aplicación [...] de un sistema de control destinado a verificar el destino real de los bienes suministrados" (Directrices de la Comisión sobre Restricciones Verticales). Y es que PERKINS amenazó en reiteradas ocasiones a MODIPE con incrementar los precios de no justificarle el destino final de sus pedidos.

finalmente, y ante la negativa de la actora a acatar la conducta anticompetitiva, PERKINS sancionó a MODIPE con un incremento continuo de sus precios y, posteriormente con la terminación de la relación contractual que les unía desde hace más de veinticuatro años, buscando así tener vía libre para designar a un nuevo distribuidor en España que -a diferencia de MODIPE, pero al igual que otros distribuidores europeos- acate la prohibición de las exportaciones paralelas impuesta por PERKINS, consiguiendo así su objetivo primordial: la compartimentación del Mercado Interior en varios submercados en los que aplicar distintos precios por los mismos productos, evitando la competencia en precios entre sus distribuidores.

2.1.2. La parte demandada niega los hechos que fundamentan la demanda y en concreto: a) que la relación entre las partes no se rija por el contrato de distribución de 29 de enero de 1992; b) que haya impuesto a sus distribuidores la prohibición de efectuar ventas pasivas; c) que haya impuesto a MODIPE la prohibición de efectuar ventas pasivas de forma directa, puesto que el contrato sólo prohibía expresamente las ventas activas. Tampoco se ha impuesto esta prohibición mediante la adopción de medidas indirectas, puesto que los requerimientos de información efectuados a MODIPE sobre las ventas realizadas a GEMINIANI obedecían a la necesidad de comprobar si las ventas efectuadas por la demandante eran ventas activas o pasivas, y ni el aumento de precios, ni la resolución del contrato se efectuaron con la finalidad de restringir las ventas efectuadas a este distribuidor.

Asimismo, opone que las conductas denunciadas en el escrito de demanda no encajan en el concepto de ventas pasivas.

2.2. Hechos probados.

La resolución de las cuestiones controvertidas en el presente procedimiento requiere efectuar, con carácter previo, el siguiente relato de hechos probados:

2.2.1 No resulta controvertido que PERKINS es una sociedad inglesa, líder en la producción de motores diesel y de gas para maquinaria industrial y de generadores de electricidad (y los correspondientes repuestos), empleados en muy diversos sectores (agricultura, construcción, energético, etc.). Pertenece a CATERPILLAR, grupo industrial estadounidense cuya sociedad dominante es CATERPILLAR INC.

PERKINS distribuye sus motores en la Unión Europea mediante distribuidores nacionales, no ofreciendo -salvo en contadas excepciones- la venta directa. PERKINS tiene por lo general un único distribuidor por país. Su distribuidor en España durante más de veinticuatro años ha sido MODIPE.

MODIPE se constituyó el 7 de octubre de 1991 con el objeto de ser distribuidor oficial en España de motores y repuestos PERKINS, incluida la prestación del correspondiente servicio postventa (asistencia técnica, reparaciones, etc.), siendo esta la única actividad económica que ha desarrollado desde entonces.

2.2.2. Si bien la parte demandante sostiene que la relación contractual entre PERKINS y MODIPE no se formalizó en un contrato escrito, sino verbal, del conjunto de la prueba practicada por la parte demandada



resulta acreditado que la relación contractual entre las partes se rige por el contrato de distribución de 29 de enero de 1992.

Así resulta de los siguientes hechos probados:

El contrato se firmó entre la demandada y MOTORES DIESEL PENINSULARES, nombre comercial que coincide con el acrónimo MODIPE, actuando en representación de la misma D. Alexander , consejero delegado de MODIPE en aquella época (documento 1 de la demanda)

Los propios peritos de la actora reconocen que MODIPE y MOTORES DIESEL PENINSULARES S.A. son una misma sociedad en su informe pericial (Documento núm. 9 de la demanda), en cuya página 10 se refieren expresamente al "*Contrato suscrito entre PERKINS y Motores Diésel Peninsulares S.A. (actualmente MODIPE) en 1992 [...]*".

Asimismo, aparece corroborado por los siguientes hechos:

la propia MODIPE, el 16 de junio de 2015 rellenó el formulario de registro a efectos de "compliance" para PERKINS, utilizando el nombre "MOTORES DIESEL PENINSULARES" (documentos núm. 2 y 2 bis de la contestación a la demanda)

MOTORES DIESEL PENINSULARES era el nombre comercial anteriormente utilizado por MODIPE (documentos 3 y 3 bis de la contestación)

PERKINS formaliza sus acuerdos de distribución comercial por escrito, como resulta de los documentos 4, 4 bis, 5 a 7 y 5 bis a 7 bis, que recogen los contratos firmados con los distribuidores de Portugal, Alemania, Inglaterra e Italia)

en las relaciones entre ambas partes se hizo referencia en reiteradas ocasiones al contrato de distribución, sin que en ningún momento MODIPE cuestionara que su relación con PERKINS se regía por dicho contrato (documentos 8, 8 bis, 9, 9 bis, 21 y 22 de la contestación a la demanda)

En lo que respecta a la resolución del contrato, la cláusula 2.3 establecía que:

"Salvo que se resuelva con anterioridad en virtud de lo dispuesto en el Artículo 20 del presente, este Contrato permanecerá en vigor durante un periodo inicial de 3 años desde la Fecha de Inicio. A partir de entonces, seguirá estando vigente hasta que cualquiera de las Partes lo resuelva mediante un preaviso por escrito de esta resolución de al menos 6 meses, que vencerá al final de este periodo inicial o en cualquier otro momento posterior".

Asimismo, en lo que respecta a la prohibición de realizar ventas fuera del territorio español, la cláusula 3.8 establecía que:

"El Distribuidor se abstendrá, sin el consentimiento previo por escrito de la Sociedad, de buscar ventas de ninguno de los Productos fuera del territorio a clientes, directa o indirectamente, y, al objeto de enviar estos, de establecer sucursales o almacenes fuera del Territorio, así como de anunciar cualquiera de los Productos fuera del Territorio. Eso no impedirá al Distribuidor anunciarse en una publicación que se distribuya dentro y fuera del territorio".

2.2.3. La demandante sostiene que PERKINS exige a sus distribuidores que se limiten a vender a clientes radicados en sus respectivos territorios, extendiendo la prohibición no sólo a las "ventas activas" sino también a las "ventas pasivas".

Como prueba de dicho extremo MODIPE aporta:

una carta enviada por PERKINS a sus distribuidores adjunta a un correo electrónico de 24 de febrero de 2010, en la que PERKINS, aprovechando el anuncio a sus distribuidores de determinados cambios en la distribución en Italia, les advertía de lo siguiente:

" Perkins también desea recordaros que no tolerará ventas que no se hallen amparadas por los términos y condiciones estipulados en vuestros contratos de distribución".

los correos electrónicos de 26 de enero de 2016 (documentos 6 y 6 bis de la demanda) entre la compañía inglesa WELLAND POWER LTD. (WELLAND POWER) -cliente de productos PERKINS- y la compañía alemana BU POWER SYSTEMS GMBH & CO. KG en el que la primera solicitaba información sobre la disponibilidad de un motor, correo al que BU POWER respondió:

"Tenemos un motor DJ32003 en existencias.

No obstante, no podemos vender este motor a tu dirección inglesa. Tendrías que pedirlo a través de DiPerk o enviarnos una dirección alemana de facturación y entrega, y entonces sí podemos enviarlo.



En un correo posterior, tras las preguntas de WELLAND, BU POWER justifica dicho extremo alegando que:

"Sí, es política de Perkins. No podemos vender a clientes ingleses.

Si nos dais una dirección de facturación alemana, no hay problema, pero entonces organizad vosotros la recogida".

los correos electrónicos entre WELLAND y MAVIPROD SRL ("MAVI"), distribuidor de PERKINS en Rumanía (documentos 7 y 7 bis), en los que, tras solicitar WELLAND precio para determinados productos, MAVI respondió:

"Estimado Eulalio :

Lo hemos hablado con Perkins, pero por desgracia no podemos vender fuera de nuestro territorio.

Por favor, ponte en contacto con un distribuidor local".

el correo electrónico de fecha 12 de enero de 2016 remitido por BU POWER a MODIPE (documentos 8 y 8 bis) en el que se le comunica que:

"Desafortunadamente no puedo enviaros una oferta para motores adicionales.

Dado que perdéis vuestra condición de Distribuidor a finales de febrero habrá un nuevo Distribuidor en España a partir de entonces.

Os ruego enviéis las futuras consultas al nuevo distribuidor para que puedan ponerse en contacto con nosotros para solicitudes urgentes. [...]

Tened en cuenta que este será el último pedido que podremos aceptar de vosotros. Lo lamento pero es así como tenemos que afrontar la situación".

Ello no obstante, de la citada prueba no es posible concluir que PERKINS impusiera a sus distribuidores la prohibición de ventas pasivas:

de la carta enviada por PERKINS a sus distribuidores, no se desprende una prohibición de ventas pasivas, puesto que en la misma, PERKINS se limita a advertir que no tolerará ventas *que no se hallen amparadas por los términos y condiciones estipulados en los contratos de distribución* , y en el presente caso, el contrato suscrito entre las partes no contenía dicha prohibición, sino única y exclusivamente la prohibición de ventas activas establecida en la cláusula 3.8 del contrato, a la que debemos entender que se refería la citada misiva.

en cuanto a los correos cruzados entre Welland Power y BU POWER y MAVI, los términos en los que dichos correos están redactados (dirigiendo las respuestas de sus interlocutores); la fecha en la que se enviaron (25 y 28 de enero de 2016, una vez resuelto el contrato); y la relación existente entre Welland Power y MODIPE (puesto que, de la demanda se desprende que la actora habría vendido motores con una importante facturación entre los años 2014 y 2015 a Welland Power); impiden que dicha documental sirva, en ausencia de otras pruebas corroboradoras, al objeto de acreditar la infracción. Asimismo, y como señala la parte demandada, se ha de tener en cuenta que dicha documenta queda desacreditada por las facturas acreditativas de las ventas pasivas efectuadas por MAVI y BU ITALIA fuera de sus respectivos territorios (documentos 16 y 16 bis de la contestación a la demanda)

por último, en lo que respecta a los correos cruzados entre MODIPE y el distribuidor alemán BU POWER el 12 de enero de 2016, tampoco sirven al objeto de acreditar la prohibición de ventas pasivas, puesto que la petición de envío de motores realizada por MODIPE se efectúa una vez anunciada la resolución de la relación contractual y la negativa de BU POWER a facilitar una oferta, como claramente se refleja en el correo electrónico, obedece a la pérdida de la condición de distribuidor de la demandante.

2.2.4. En lo que respecta a la imposición de la prohibición de ventas pasivas a la demandada, MODIPE sostiene que hasta crisis económica, las ventas de MODIPE a clientes radicados fuera de España fueron prácticamente nulas, pero la propia crisis, junto con las posibilidades que brindan las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y, en definitiva, las diferencias de precios entre los distintos distribuidores nacionales, motivaron que MODIPE recibiera cada vez más pedidos desde el **extranjero** y en concreto, de la compañía italiana GEMINIANI SPA ("GEMINIANI"), que había sido distribuidor oficial de PERKINS en Italia durante mas de cincuenta años, pero de la que PERKINS prescindió en febrero de 2011, así como de otros clientes en Turquía e Inglaterra.

Asimismo, alega que en ningún momento MODIPE realizó actos específicos de promoción de ventas fuera de su territorio, puesto que eran los propios clientes **extranjeros** lo que contactaron a MODIPE, extremo éste sobre el que no ha practicado ninguna prueba la parte demandante, por lo que no se considera acreditado.



Del conjunto de la prueba practicada resulta acreditado que, en octubre del año 2012, PERKINS, tras conocer que MODIPE había comenzado a atender los pedidos que le llegaban desde Italia, le pidió que le facilitase los datos de las ventas realizadas en 2012, petición a la que MODIPE contestó facilitando información general sobre sus ventas totales en un correo electrónico de 19 octubre de 2012.

El 22 de octubre de 2012 PERKINS preguntó directamente a MODIPE por las ventas concretas realizadas a Italia:

"Sabes exactamente lo que necesito. Quiero saber todos los motores que nos compraste, a quién se los vendiste (nombre del cliente y país). Llevamos días hablando de lo mismo. Donde están, por ejemplo, los motores que vendiste a GEMINIANI???. Esta información no es suficiente".

El 26 de octubre de 2012 MODIPE envió a PERKINS un correo electrónico facilitándole información adicional.

En la misma fecha, PERKINS remite a MODIPE un correo en el que señala:

"Gracias por los archivos adjuntos, pero no es lo que te he explicado varias veces. ¿Dónde este el resumen de todas vuestras ventas ? No obstante, si no estáis preparados para compartir dicha información, de acuerdo, pero cuando esperes más apoyo por nuestra parte nunca más [sic]. [...] Estoy muy cansada de pedirlo".

En fecha 31 de octubre, tras una conversación telefónica entre D. Marcos (director general de PERKINS) y D. Torcuato (consejero de MODIPE), PERKINS remite a MODIPE un correo electrónico en el que señala que:

" Con respecto a nuestra conversación del lunes, permíteme darte mas información. Perkins ha invertido cerca de dos millones de euros para traspasar nuestros empleados italianos a BU. BU ha invertido una cantidad similar para establecer una red de asistencia técnica de primer nivel. Hemos realizado un proceso de selección justo y transparente en el que Geminiani también era un candidato. Ajustándonos a los diferentes criterios de selección, nos decidimos por BU. Ahora tenemos que hacer que esto funcione y continuar promoviendo esta solución. Allam Marine vendió motores a Geminiani. Le hemos explicado esto a Allam y nos ha dado su apoyo porque va a beneficiarse de la nueva red. Por lo tanto, estamos muy descontentos con vuestra postura.

Con respecto a los precios recomendados de motores que os ofrecimos, desde el principio dejamos claro que tan solo eran para estimular el negocio en España y Portugal. El gran éxito que habéis logrado con esos clientes ha quedado eclipsado por haber realizado ventas fuera del territorio designado esta temporada.

Para corregir esto y para que podamos ofrecer estos precios en 2013, necesitamos un informe de motores y piezas vendidos a Geminiani. También esperamos que nos confirméis que vais a dejar de vender fuera de vuestro territorio utilizando estos precios especiales de campaña.

Por favor, responde como muy tarde este viernes".

A este correo contestó D. Torcuato :

"Una red de asistencia técnica de primer nivel también es nuestro principal interés. Por eso Modipesa ha invertido los últimos años en abrir sucursales, ha creado un centro de formación sobre producto, ha asistido a todos los encuentros (formación, asambleas, conferencias, etc.), adquiriendo todas las herramientas y vehículos necesarios y, lo mas importante: personas. El resultado es que nuestra inversión también asciende a una cifra importante. Tomando en consideración el tamaño de nuestro mercado, esta cifra probablemente es mayor que otras, proporcionalmente hablando (...)

Para que Modipesa pueda recoger los frutos, necesitamos saber que en 2013 tendremos los mismos precios que se ofrecen a otros distribuidores preferentes.

Para poder dar respuesta a tus solicitudes, primero tenemos que saber que PERKINS nos va a apoyar. No pedimos necesariamente ayuda en forma de inversión directa en Modipesa, pero para sobrevivir en estos momentos difíciles sí necesitamos tener garantizados unos precios suficientemente buenos.

A dicho correo contestó PERKINS:

"Estoy de acuerdo con todo lo que has dicho, pero antes de que podamos tomar una decisión sobre los precios del año que viene, necesitamos urgentemente la información y confirmación que os hemos pedido. "

El 26 de noviembre de 2012, BU ITALIA, distribuidor oficial de PERKINS en ese país, remite un correo a PERKINS con el siguiente contenido:

"Primero reconozco que tenemos plena confianza en que Modipesa hará honor a su compromiso y habrá dejado de suministrar a Geminiani.

Con ánimo de ser franco y constructivo contigo, sólo quería que supieses el volumen del negocio de Geminiani (Modipesa) este año para que evaluéis el negocio "español" de Ep que apoya Perkins y que ha sido desviado

a Geminiani, y comprendéis también cuantos motores mas pacerán por este canal (esperemos que ninguno). Esto es importante para nosotros en cuanto a negociación de precios con los clientes. Hemos detectado varios motores vendidos en las unidades 5/10 en toda la gama, con al menos diez actores.

Hay un par de cosas que quiero resaltar:

-Elcos: dicen haber comprado varios cientos de 403.15/404.22 a Geminiani (debido a los mejores precios) y hemos detectado algunos números de serie que vienen de Modipesa.

Vosotros conocéis los volúmenes de Modipesa de este año, así que podeis comprobarlo.

-Genmac: dicen haber comprado unos doscientos de 1103/1104 a Geminiani (el último contenedor llegó el viernes 23 de noviembre, motores de Modipesa suministrados por Perkins en septiembre de 2012) y el cliente dice que todavía quedan por llegar mas motores (50/60) en las próximas semanas.

Sería interesante saber si estos motores que quedan por llegar (1103/ 1104) son parte de los "pocos pedidos confirmados" que Modipesa ha dicho que tienen.

Ni que decir tiene que tenemos planes para conquistar estos clientes para el canal correcto. Obviamente necesitamos claridad en este asunto porque lo que ha sucedido este año no puede aceptarse en el futuro y nos gustaría ganar negocio contra competidores "reales", no internos.

Asimismo, el 6 de diciembre de 2012, BU ITALIA envía otro correo electrónico con el siguiente contenido:

Ni que decir tiene que esto es totalmente inaceptable en lo que al comportamiento de Modipesa respecta y en cuanto al daño comercial que nos provoca (¿quien nos va a compensar? Modipesa pagando una comisión??), y necesitamos que se resuelva completamente este asunto.

Sabes lo importante que es esto para nosotros y no voy a detallar una lista de posibles acciones contra España y Modipesa por nuestra parte, porque queremos ajustarnos a los valores de Perkins, pero estos hechos merecen una respuesta oficial de BU (hablare con Franz) y en ultima instancia necesitamos que Perkins detenga esto de forma definitiva. ¿Como hacerlo??".

El 7 de diciembre PERKINS remite a MODIPE el siguiente correo electrónico:

"Ya he tenido suficiente con este tema. O decís claramente el lunes 12 de diciembre de 2012 lo que habéis suministrado y lo que tenéis en espera o dejaremos de apoyar a Modipesa con los precios de los motores de forma inmediata.

Desde hace más de dos meses estoy discutiendo esto contigo e instándote a corregirlo. A pesar de haberlo prometido muchas veces, todavía no habéis mandado nada. Tampoco nos habéis mandado ninguna confirmación de que vais a dejar de vender piezas a Geminiani.

Personalmente sigo sin saber por qué actuáis en contra de los intereses de Perkins y de vuestros compañeros distribuidores y, consecuentemente, arruináis la reputación de Modipesa en nuestra organización y, en última instancia, el futuro de la buena colaboración que deseamos construir".

MODIPE contestó:

"Estoy de acuerdo contigo, excepto en un punto...NO estamos en contra de los intereses de PERKINS.

Dejemos clara una cosa ... GEMINIANI NO quiere comprar nada a BU Italia. Como sabéis, han trabajado con nuestra empresa (PERKINS) mas de 50 años, con varios premios.

Geminiani se puso en contacto con nuestra empresa para recibir formación y nos informaron de que recibían productos PERKINS de varios proveedores. Desde el principio informamos a BU Italia y nos ofrecimos a ayudar a encontrar una solución (en aras de una buena cooperación. Incluso propusimos que podíamos comprarles motores a ellos porque tenían mejores precios (¿Como es eso posible?... Debe de haber un problema de fondo que tenemos que tratar).

Como sabes, Geminiani se está convirtiendo en un actor mundial en el sector de los motores y si no nos adaptamos a las necesidades de los clientes, los vamos a perder como clientes de PERKINS. Eso sería una verdadera lástima porque, como sabéis, supusieron casi la mitad de la facturación de BU Italia en 2011. De acuerdo con vuestra petición, hemos informado a Geminiani de que no podremos suministrarles motores fabricados el año que viene".

Ese mismo 7 de diciembre de 2012, PERKINS contestaba a MODIPE:

"Conocemos el modelo de negocio y aspiraciones de Geminiani, pero están fuera de vuestro territorio! ¡Estáis perjudicando nuestras actividades! Llegados a este punto no quiero volver a hablar de este tema.



Lo que esperamos es recibir el lunes un simple informe (tipo de motor y volumen) de lo que habéis vendido a clientes clave de España y Portugal y a Geminiani en 2012. Sin él no podemos justificar más los precios preferentes. También esperamos claridad y recibir el lunes una declaración sobre la venta de piezas a Geminiani".

El 4 de febrero de 2013 PERKINS remite un mail a MODIPE anunciando un ajuste de los precios:

Debido al repetido mal uso de los precios especiales ofrecidos únicamente para desarrollar el negocio en España y Portugal, no podemos seguir manteniendo dicha oferta. Ajustaremos vuestros precios de nuevo a los precios estándares de distribuidor. Todas las entregas pendientes y las siguientes se calcularán de acuerdo con esta tabla de Excel. Puedes encontrar los nuevos precios en el anexo.

A este correo reaccionó MODIPE con un correo de fecha 22 de febrero de 2013, remitido por sus abogados, en el que se ponía de relieve que esa política de precios ponía en peligro la viabilidad de MODIPE y era contraria a la normativa en materia de defensa competencia.

El 25 de febrero de 2013, PERKINS contesta al correo de los abogados que la acción contra MODIPE (...) se basó en un malentendido, lo cual lamentamos. Estamos dispuestos, si sus clientes así lo desean, a continuar nuestros acuerdos siguiendo la misma línea, incluyendo los precios.

El 8 de mayo de 2013, PERKINS remite otro correo a MODIPE anunciando ajustes en los precios.

En respuesta a un detallado análisis de costes respaldado por una agencia externa, hemos decidido aplicar ajustes en los precios de determinados tipos de motor en todos los envíos a partir del 1 de julio de 2013.

2.2.5 En el mercado italiano MODIPE vendía única y exclusivamente a GEMINIANI, que a su vez, era el que revendía a los clientes finales (correos electrónicos de 31 de octubre de 2012 -documento 12 de la demanda-; de 28 de noviembre de 2012 -documento 14- y 7 de diciembre de 2012- documento 15-). GEMINIANI mantenía una situación de conflicto con PERKINS puesto que, como resulta de los documentos 17 y 17 bis de la contestación a la demanda, una vez finalizada su relación contractual con PERKINS continuó utilizando su marca en Italia, creando la apariencia de que seguía siendo el distribuidor oficial de los motores PERKINS en dicho territorio.

2.2.6. El 19 de agosto de 2015, PERKINS remite a MODIPESA una carta en la que notifica su decisión de dar por finalizado el contrato de distribución de sus motores, afirmando que lo hacía sin causa, *ad nutum*, y con un preaviso de seis meses.

Así consta en la carta que reproducimos a continuación:

"Estimado Bernardino :

Aviso de Resolución del Contrato de Distribución entre Perkins Power Sales & Service Limited y Motores Diesel Peninsulares S.A., del 29 de enero de 1992.

Hacemos referencia al Contrato de Distribuidor mencionado supra entre Perkins Power Sales & Service Limited y Motores Diesel Peninsulares S.A. (Modipe SA), del 29 de enero de 1992 El Contrato y todos los derechos de Perkins Power en virtud del mismo son ahora titularidad de y están gestionados por Perkins Engines Company Limited (Perkins).

Como sabe, durante el transcurso de casi un año, Perkins ha dado a Modipe SA sucesivas oportunidades y brindado apoyo para mejorar su rendimiento como distribuidor de Perkins. A pesar de ello, Perkins ha advertido a Modipe SA, en numerosas ocasiones, sobre problemas graves que seguían sin solucionarse y que merman la capacidad de Modipe SA de actuar eficaz y satisfactoriamente como distribuidor de Perkins. Entre estos problemas se incluyen los siguientes:

En primer lugar, Modipe SA no es sólida desde el punto de vista financiero y no es un distribuidor fiable de los motores Perkins. El rendimiento de Modipe SA ha sido negativo respecto a los parámetros financieros específicos que Perkins utiliza para evaluar a sus distribuidores clave, hasta llegar a un nivel que es incompatible con el cumplimiento de las obligaciones de Modipe SA como distribuidor de Perkins. En particular:

tiene un límite de crédito con Perkins que supera el nivel que Perkins esperaría normalmente de una empresa de su tamaño y que crea una responsabilidad y un riesgo adicionales para Perkins;

recientemente ha tenido que emitir acciones para obtener inyecciones de capital, que siguen siendo insuficientes para lograr la estabilidad financiera requerida para un distribuidor de Perkins;

mantiene una tasa de rentabilidad baja, lo que le deja expuesto a un riesgo considerable en caso de cualquier morosidad de un cliente o desaceleración del negocio; y

el flujo de tesorería en los últimos años ha sido negativo.



En segundo lugar, Modipe SA no ha transmitido a Perkins la confianza de estar posicionada adecuadamente desde un punto de vista financiero o estratégico, para impulsar y satisfacer la demanda de productos Perkins en España. Perkins ha estado especialmente preocupada por la falta de una estrategia pormenorizada y orientada al futuro en los planes de negocio de Modipe SA, a pesar de haber brindado a Modipe SA muchas oportunidades para revisar y volver a enviar los planes y de haber proporcionado un elevado grado de asesoramiento sobre el contenido esperado. A pesar de ello, los planes presentados sugieren que Modipe SA no cuenta con ninguna estrategia coherente para desarrollar la distribución, promocionar los productos Perkins o llevar a cabo cualquiera de las otras acciones que constituyen las obligaciones del distribuidor con arreglo a las condiciones del Contrato. En lugar de haber concebido de manera independiente propuestas estratégicas sobre cómo intentar abordar el mercado español, todo el modelo de negocio de Modipe SA se basa en recibir precios reducidos de Perkins. Esto sugiere que Modipe SA no está funcionando como un distribuidor eficiente y no está siguiendo una estrategia deliberada y metódica para desarrollar su distribución.

Todas las circunstancias indicadas con anterioridad podrían justificar en sí mismas la decisión de Perkins de resolver el Contrato con base en un incumplimiento de las obligaciones de Modipe SA en virtud del Artículo 20 del Contrato. No obstante lo anterior, la decisión de Perkins, como acto de buena fe, es terminar el contrato sin causa, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2.3 del Contrato.

Así, por el presente, Perkins le comunica mediante un preaviso por escrito de al menos seis meses su intención de resolver el Contrato con efectos desde el 29 de febrero de 2016. De conformidad con el Artículo 23.1 del Contrato, este aviso se ha entregado en mano, por correo aéreo y por burofax. Tras la resolución de este Contrato, Modipe SA deberá dejar de usar con efecto inmediato todas las marcas de productos y servicios de Perkins, incluyendo, sin limitarse a ello, todos los nombres, designaciones y eslóganes que sean propiedad de Perkins o sean usados o adoptados por este, y también asegurarse de que todos los Comerciantes Autorizados de Modipe SA dejan inmediatamente de usar todos ellos.

Le rogamos tenga en cuenta que la lista de problemas que se indica supra no es exhaustiva y consta sin perjuicio de cualquier motivo adicional que pueda surgir o salir a la luz y que dé derecho a Perkins a resolver el Contrato con un preaviso más corto del empleado.

Sin perjuicio del hecho de que esta notificación de terminación hace valer la disposición sobre la terminación sin causa prevista en Artículo 2.3 del Contrato, Perkins quiere confirmar a Modipe SA que su decisión de resolver el Contrato se basa en la evaluación objetiva por parte de Perkins del rendimiento de Modipe SA como su distribuidor, incluyendo los problemas destacados más arriba. Así, no obstante el ejercicio de la previsión de resolución sin causa, Perkins se reserva el derecho a resolver el Contrato en cualquier momento con arreglo al Artículo 20.3, que permite a Perkins la resolución tras un aviso de tres meses, de forma enteramente discrecional, si no está satisfecho con el rendimiento del Distribuidor y este no emprende las medidas correctoras requeridas en un plazo de tres meses. Perkins también se reserva el derecho a reclamar la Línea de Crédito pendiente y/o cualesquiera daños y perjuicios potenciales dimanantes de cualquiera de las cuestiones mencionadas en la presente carta.

Pronto nos pondremos en contacto con usted para abordar la resolución ordenada del Contrato y la implementación de disposiciones posteriores a la resolución.

2.3. Régimen jurídico.

2.3.1. Normativa invocada en la demanda.

Como señalábamos anteriormente la parte actora invoca los artículos 3.3. TUE , 4 b del reglamento de exención por categorías, el art. 101 TFUE , así como los artículos 1 y 15.2 de la LCD preceptos que transcribimos a continuación:

El artículo 3.3 del TUE establece que:

(...) La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo".

Asimismo, el artículo 101 TFUE señala en su apartado primero que:

(..) Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

El artículo 1 de la LDC viene a reproducir el contenido del artículo 101 del TFUE, y el artículo 3 de la LDC que " *La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*".

Por último, el artículo 1 de la LCD establece que " *esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad* ", señalando el artículo 15.2 del mismo cuerpo legal que " *Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*".

2.3.2. Como señala la parte actora, los acuerdos entre empresas a los que se refieren los artículos 101 TFUE y 1 LDC pueden ser "acuerdos horizontales" (entre empresas que operan en el mismo escalón del ciclo productivo y comercializador) y "acuerdos verticales" (entre empresas que operan en distintas fases de la cadena de producción y comercialización). Un ejemplo típico de los acuerdos verticales son los suscritos entre un fabricante y sus distribuidores.

Una de las restricciones más típicas en el ámbito de los acuerdos verticales es la que busca separar un mercado en varios sub-mercados aislados, a fin de poder imponer en cada uno de ellos el mayor precio posible. Para ello es importante que no haya exportaciones paralelas entre los distintos sub-mercados, pues, si las hay, los precios se acaban nivelando por abajo, cosa que no interesa al fabricante. En definitiva, esta práctica anticompetitiva, denominada compartimentación de mercado, busca establecer una "discriminación" de los precios de los diferentes sub-mercados, incrementando los márgenes del fabricante y perjudicando, con ello, al consumidor.

Como señala el apartado 50 de las Directrices de la Comisión sobre Restricciones Verticales, constituye una de las restricciones de la competencia más nocivas y perseguidas. De ahí que el Reglamento de Exención por Categorías incluya dicha práctica entre las denominadas "restricciones especialmente graves" en su artículo 4.b :

"La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto: [...] b) la restricción del territorio en el que, o de la clientela a la que, el comprador parte del acuerdo, sin perjuicio de una restricción sobre su lugar de establecimiento, pueda vender los bienes y servicios".

La compartimentación del mercado puede resultar de una obligación directa, como, por ejemplo, una obligación prevista en el contrato de distribución de no vender en ciertos territorios; o de medidas indirectas, dirigidas a "inducir" al distribuidor a no vender en dichos territorios.

Dichas medidas indirectas pueden consistir en:

Que el fabricante condicione el apoyo financiero al distribuidor a que no se realicen ventas fuera de su territorio asignado;

Que el fabricante establezca precios discriminatorios para los productos que van a ser exportados;

Que el fabricante retire las primas o descuentos previamente concedidos en la medida en que el distribuidor realice exportaciones;



Que el fabricante reduzca el volumen de los suministros para que el distribuidor no tenga productos suficientes para la exportación; y

Que el fabricante amenace con la terminación de la relación contractual.

En este sentido, el apartado 50 de las Directrices de la Comisión sobre Restricciones Verticales señala que:

"Esta restricción especialmente grave se refiere a la compartimentación del mercado por territorio o clientes. Ello puede ser consecuencia de obligaciones directas, como la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en determinados territorios o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores. También puede ser consecuencia de medidas indirectas destinadas a inducir al distribuidor a no vender a estos clientes, tales como la denegación o reducción de primas o descuentos, la negativa a suministrar, la reducción de los volúmenes suministrados o la limitación de los volúmenes suministrados a la demanda del territorio o del grupo de clientes asignados, la amenaza de rescisión de los contratos, la exigencia de un precio más elevado para que se exporten los productos, la limitación de la proporción de ventas que pueden exportarse u obligaciones de transferencia de beneficios [...]"

Ello no obstante, el inciso i) del artículo 4 (b) del Reglamento 330/2010 permite que los acuerdos de distribución exclusiva limiten las ventas activas a clientes individuales situados en un territorio asignado a otro distribuidor exclusivo. No obstante, deberán permitirse las ventas pasivas.

En este sentido, y al objeto de definir las "ventas activas" y "ventas pasivas", se ha de tener en cuenta el apartado 51 de las Directrices de la Comisión sobre Restricciones Verticales, que señala:

*"La primera excepción del artículo 4, letra b), inciso i) permite a los proveedores restringir las ventas activas efectuadas por sus compradores directos a un territorio [...]. Se considera que un territorio o grupo de clientes está asignado exclusivamente cuando el proveedor consiente la venta de su producto solamente a un distribuidor para su distribución en un territorio determinado o a un grupo de clientes determinado y el distribuidor exclusivo tiene protegido su territorio o grupo de clientes contra las ventas activas de todos los otros compradores del proveedor dentro de la Unión, independientemente de las ventas del proveedor. [...]. **Esta protección de territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva debe permitir, sin embargo, las ventas pasivas a tales territorios o grupos de clientes.** A efectos de la aplicación del artículo 4, letra b), del Reglamento de Exención por Categorías, la Comisión define ventas «activas» y «pasivas» de la siguiente forma:*

*por **ventas «activas»** se entiende **la aproximación activa a clientes individuales** por ejemplo mediante correo directo, incluidos correos electrónicos no solicitados, o visitas, o la aproximación activa a un grupo de clientes específico o a clientes en un territorio específico asignado exclusivamente a otro distribuidor mediante publicidad en medios de comunicación, en internet u otras actividades destinadas específicamente a dicho grupo de clientes o a clientes en ese territorio. La publicidad o promoción que sólo es atractiva para el comprador, si (además) llega a un grupo específico de clientes o a clientes en un territorio específico, se considera venta activa a dicho grupo de clientes o clientes en ese territorio.*

*por **ventas «pasivas»** se entiende **la respuesta a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes individuales**, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes. Son consideradas ventas pasivas, las actividades de carácter general de publicidad o promoción que alcancen a clientes de los territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva a otros distribuidores pero que constituyen un medio razonable para llegar a los clientes situados fuera de esos territorios o grupos de clientes, por ejemplo, para llegar a los clientes en territorios no asignados o en el territorio propio. La promoción o la publicidad general se considera una manera razonable de llegar a tales clientes si resultara atractivo para el comprador realizar estas inversiones también en el caso de que no llegaran a clientes de los territorios (exclusivos) de otros distribuidores o a grupos de clientes".*

Por último, el apartado 52 de las Directrices de la Comisión sobre Restricciones Verticales señala que:

"Por lo general, tener una página web se considera una forma de venta pasiva, ya que constituye un modo razonable de permitir a los clientes llegar al distribuidor. El uso de internet puede tener efectos fuera del territorio del distribuidor o del grupo de clientes propio; sin embargo, dichos efectos se deben a la tecnología, que facilita el acceso desde cualquier punto. Se considera venta pasiva si un cliente visita la página web de un distribuidor, se pone en contacto con él y este contacto culmina en venta, entrega incluida. Lo mismo se aplica si un cliente opta por que el distribuidor le mantenga (automáticamente) informado y ello redunde en una venta [...]"

2.3.3. En cuanto a la carga de la prueba, en aplicación del artículo 2 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea), la carga de la prueba de la infracción recae sobre quien la alega, esto es, la parte demandante:



"En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue (...)".

2.4. Valoración.

Como señalábamos anteriormente, la demandante alega la infracción de la normativa invocada y en concreto, del artículo 101 TFUE con el argumento de que PERKINS restringió la competencia imponiendo a sus distribuidores la prohibición de realizar ventas pasivas y prohibición que, en el caso de MODIPE, se efectuó a través de medidas indirectas, destinadas a inducir a MODIPE a no vender a clientes situados fuera de su territorio, a saber, la amenaza de retirarle los descuentos en los precios previamente concedidos y la amenaza de resolución del contrato.

En cuanto a la imposición de la prohibición de ventas pasivas a sus distribuidores, como indicábamos en el relato de hechos probados, dicho extremo no se ha considerado acreditado. Adicionalmente, se ha de hacer señalar en que, en el concreto caso de MODIPE, el contrato suscrito entre las partes no establecía expresamente esta prohibición y no se ha aportado ni una sola prueba que acredite que PERKINS prohibiera de forma expresa a MODIPE realizar ventas fuera del territorio español. Por el contrario, la propia demandante ha reconocido que ha efectuado ventas a un cliente inglés y a un cliente turco, sin que conste que por parte de PERKINS se pusiera ningún tipo de obstáculo o impedimento a las mismas. En este punto se ha de resaltar que toda la prueba aportada por la actora y dirigida a acreditar la prohibición o restricción de las ventas fuera del territorio español va referida a un único cliente, GEMINIANI.

Sentado lo anterior, se ha de examinar si como sostiene la actora, se ha acreditado que tras comprobar PERKINS que la actora estaba vendiendo en el mercado italiano a través de la empresa GEMINIANI, procedió a adoptar medidas indirectas, dirigidas a evitarlo.

En cuanto a la resolución del contrato, no resulta controvertido que en fecha 19 de agosto de 2015, PERKINS remitió una carta a MODIPESA en la que notificaba la resolución del contrato de distribución alegando que, si bien el contrato se podría resolver por causas justificadas (y en concreto por la concurrencia de problemas graves que seguían sin solucionarse y que mermaban la capacidad de la demandante), como acto de buena fe, se optaba por resolver el contrato sin causa, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 2.3. del contrato. Si bien la parte demandante ha realizado un importante esfuerzo de argumentación y prueba al objeto de desacreditar las alegaciones vertidas por PERKINS en dicha misiva, lo cierto es que resulta irrelevante, puesto que, como decimos, PERKINS optó por una resolución unilateral sin causa con un preaviso de seis meses que cumplió escrupulosamente.

Sentado lo anterior, se ha de señalar que, en contra de lo que sostiene la parte demandante, una lectura de los correos electrónicos cruzados entre las partes (y transcritos en el relato de hechos probados al que nos remitimos) arroja que PERKINS no amenazó en ningún momento con resolver el contrato firmado con la demandante. A ello se une que del contenido de la carta remitida por PERKINS a la actora, así como del lapso de tiempo transcurrido entre la controversia iniciada a raíz de las ventas efectuadas a GEMINIANI (años 2012-2013) y sin prueba alguna de que en periodo PERKINS interfiriera en modo alguno en las ventas efectuadas por la demandante fuera de su territorio, sólo cabe concluir que la resolución del contrato no obedeció, como sostiene la actora, a su intención de restringir dichas ventas, sino a otros motivos ajenos al presente procedimiento.

En cuanto a las amenazas con retirar los descuentos previamente concedidos, del conjunto de la prueba practicada, y en concreto, de los correos electrónicos aportados con la demanda, resulta que, tras comprobar PERKINS que la actora había comenzado a vender en el mercado italiano, comenzó a requerir información a la actora acerca del volumen de ventas que se estaba efectuando al distribuidor italiano GEMINIANI, y ante la resistencia de MODIPE a suministrar dicha información y con el argumento de que, sin dicha información, no podían mantener los precios especiales establecidos para España y Portugal, anunciaron un ajuste de los precios (correo de 4 de febrero de 2013). Asimismo, ha quedado acreditado que, ante el requerimiento formulado por los abogados de MODIPE, la demandada contestó que dicha reacción se basó en un malentendido. El 8 de mayo de 2013 PERKINS remitió otro correo anunciando nuevos ajustes en los precios en respuesta a un detallado análisis de costes respaldado por una agencia externa.

En primer lugar, se ha de señalar que de los citados correos se desprende que, efectivamente, PERKINS insinuó e incluso llegó a anunciar que se dejarían de aplicar los precios especiales que se habían reconocido a la demandante para ventas efectuadas en España y Portugal, en caso de que vendiera a esos precios en el mercado italiano.



Ello no obstante, no se ha acreditado que dichas "amenazas" llegaran a materializarse de forma efectiva, puesto que la única prueba de la modificación efectiva de los precios que ha aportado la demandante es el correo electrónico de 8 de mayo de 2013, en el que se anuncia una modificación del precio de determinados tipos de motor en respuesta de un detallado análisis de costes respaldado por una agencia externa. En ausencia de prueba adicional, no es posible concluir que la medida se impusiera como consecuencia de las ventas pasivas efectuadas por la demandante y con la intención de entorpecerla, porque no consta si afectó a los productos que la demandante vendía a GEMINIANI, ni en qué medida se modificaron los precios, lo que nos impide valorar si la medida era susceptible de alterar la competencia.

Por último, se ha de señalar que, en cualquier caso, la demandante no ha acreditado que las ventas efectuadas a GEMINIANI sean ventas pasivas, puesto que no ha realizado ni el más mínimo esfuerzo probatorio dirigido a acreditar que las ventas realizadas a GEMINIANI obedecieran a pedidos no solicitados activamente a la misma, (lo que podría haber probado a través de la prueba testifical, interrogatorio por escrito, o a través de correos electrónicos). Puesto que, en aplicación del artículo 2 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, la carga de acreditar dicho extremo corresponde a la parte demandante, han de desestimarse sus pretensiones.

Por todo ello, no se considera acreditado que PERKINS incurriera en conducta anticompetitiva alguna infractora del artículo 101 TFUE y demás normativa invocada en el escrito de demanda, motivo por el cual se ha de desestimar íntegramente la demanda.

TERCERO.- COSTAS

En cuanto a las costas procesales, a la vista de la íntegra desestimación de la demanda, procede su imposición a la demandante en aplicación del principio de vencimiento del art. 364 LEC.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados,

FALLO

Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por MODIPE, S.A. contra PERKINS ENGINES COMPANY LIMITED, con expresa condena en costas de la parte demandante.

Notifíquese esta sentencia a las partes, con expresa prevención de que la misma no es firme, pues cabe contra ella recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de 20 días contados desde el siguiente a su efectiva notificación.

Así por esta mi sentencia, que dicto, mando y firmo en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.

PUBLICACIÓN : Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.