

# APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA A LAS RESTRICCIONES VERTICALES EN ÉPOCA DE CRISIS

Rafael ALLENDESALAZAR

Roberto VALLINA

Abogados de Howrey Martínez Lage

## 1. INTRODUCCIÓN

La aplicación del Derecho de la Competencia a las restricciones verticales es una cuestión que, desde hace varios años, ha venido despertando enorme interés. El Reglamento 2790/99 fue considerado en su día una pieza esencial en el proceso de modernización de las normas comunitarias de la competencia y la base para una política de la competencia más económica y menos reguladora<sup>1</sup>.

Diez años después, sigue la regulación de las restricciones verticales siendo un tema de candente actualidad. Por una parte, la Comisión ha emprendido un proceso de revisión del citado Reglamento 2790/99 y de sus correspondientes Directrices, y ha sometido a comentarios sendos proyectos. Aunque estos nuevos textos pueden calificarse, en esencia, de continuistas, comentaremos brevemente algunos de los cambios más significativos introducidos por estos proyectos. Por otra parte, la grave crisis económica que ha golpeado desde hace un par de años la economía mun-

---

<sup>1</sup> *Vid.* el comunicado de prensa de la Comisión de 24 de mayo de 2000 IP/00/520, hecho público con ocasión de la publicación del citado Reglamento y de las Directrices verticales.

dial, y en particular las de los Estados miembros, ha generado la aparición de crecientes tensiones entre productores y distribuidores que han puesto de manifiesto cómo la concepción tradicional de las relaciones verticales, basada en la idea de que el poder de mercado reside del lado de los productores, debe ser revisada en profundidad.

En este comentario comenzaremos por referirnos a algunos de los problemas y obstáculos que se han exacerbado con la crisis económica, y con los que se ven confrontadas las empresas en relación con la fijación vertical de precios y las restricciones al comercio paralelo. Seguidamente veremos brevemente tres de los cambios más significativos del nuevo proyecto de Directrices verticales difundido por la Comisión Europea<sup>2</sup>.

## 2. EL MANTENIMIENTO DEL PRECIO DE REVENTA, LOS PRECIOS RECOMENDADOS Y LOS PRECIOS MÁXIMOS

### A) La fijación vertical de precios

Algunas de las críticas más habituales de los últimos años han girado en torno al tratamiento que las autoridades de competencia han dado a la fijación vertical de precios. En efecto, diversos comentaristas han puesto de manifiesto que el hecho de que los fabricantes puedan pretender determinar el precio al que sus productos deben ser revendidos puede tener tanto efectos pro-competitivos como anti-competitivos, por lo que no debería establecerse una presunción contraria a este tipo de prácticas.

El debate se ha acentuado en los últimos años, especialmente a raíz de la Sentencia *Leegin* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos del año 2007<sup>3</sup>. Dicha Sentencia cambia una línea jurisprudencial mantenida durante décadas por las autoridades y tribunales americanos que consideraba la fijación vertical de precios como una restricción *per se* de la competencia. La Sentencia *Leegin* revoca expresamente esta jurisprudencia (queda *overruled*) y establece que, en lo sucesivo, debe aplicarse una *rule of reason* a los supuestos de fijación vertical de precios, valorándose tanto sus efectos anti-competitivos como sus efectos pro-competitivos.

En el ámbito europeo, en el actual Reglamento 2790/99 y las vigentes Directrices verticales, el enfoque es el opuesto. Aunque en teoría las Directrices parecen propugnar un análisis de los acuerdos verticales basado

<sup>2</sup> [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_vertical\\_agreements/draft\\_notice\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_notice_es.pdf).

<sup>3</sup> *Leegin Creative Products, Inc v PSKS, Inc*, Supreme Court of the United States, 28 June 2007.

en los efectos concretos del acuerdo en cuestión<sup>4</sup>, el tratamiento que se da a los acuerdos de fijación de precios es el contrario. Estas prácticas son consideradas restricciones especialmente graves que no pueden acogerse al beneficio de la exención prevista en el Reglamento 2790/99 [art. 4.a)]. Así, en línea con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se presupone que son acuerdos prohibidos por su objeto y no es necesario analizar sus efectos.

Además, aunque algún alto funcionario de la Comisión publicó hace unos meses un artículo pretendiendo sostener que el enfoque adoptado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos a la Sentencia *Leegin* no resulta novedoso en Europa, donde, afirma, el Derecho comunitario no excluye la posibilidad de que un acuerdo vertical de fijación de precios pueda quedar exento en virtud del art. 81.3 TCE, lo cierto es que en ese mismo artículo se reconoce expresamente que, hasta este momento, existe una presunción de que la fijación de precios no reúne los requisitos para la exención<sup>5</sup>.

El proyecto de nuevo Reglamento de exención por categorías no introduce cambios en este punto: la fijación vertical de precios sigue considerada como una restricción especialmente grave que no puede acogerse al beneficio de la exención [art. 4.a) del proyecto de Reglamento].

Sin embargo, el proyecto de Directrices sí pone de manifiesto un cierto cambio en este enfoque. Si bien se sigue considerando que los acuerdos cuyo objeto es la fijación de precios caen siempre dentro del ámbito del art. 81.1 TCE, al analizar la posible aplicación del art. 81.3 TCE aparece una posición menos formalista hacia este tipo de prácticas. En efecto, aun cuando el proyecto de Directrices reconoce que es «poco probable» que un acuerdo que contenga una restricción especialmente grave —entre las que sigue estando el mantenimiento del precio de reventa— cumpla las condiciones del art. 81.3 TCE, expresamente reconoce por primera vez que «ésta es una *presunción refutable* que deja abierta la posibilidad de que las empresas aleguen un argumento de la eficiencia de conformidad con el art. 81, apartado 3». Además, si la empresa demuestra que se reúnen los requisitos del artículo 81.3 TCE, la Comisión asume la obligación de «evaluar efectivamente —y no solamente suponer— los probables efectos negativos en la competencia y en los consumidores antes de decidir si se cumplen las condiciones del art. 81, apartado 3»<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> L. PEEPERKORN, «Resale Price Maintenance and its alleged efficiencies», en *European Competition Journal*, junio 2008, p. 201.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 203: «It is also considered that RPM will not have positive effects or that, where efficiencies are likely to result, these will not be passed on to consumers and/or that RPM is not indispensable for creating these efficiencies. In other words, there is a negative presumption that the agreement will not fulfil the conditions of Article 81(3)».

<sup>6</sup> Apartado 47 del proyecto de Directrices.

En este sentido, resulta ilustrativo que el propio proyecto de Directrices dedique un apartado a describir determinadas eficiencias que los acuerdos de mantenimiento de precios pueden tener, y que deben ser consideradas a los efectos del art. 81.3 TCE<sup>7</sup>. En particular, creemos que merece la pena destacar que el proyecto de Directrices expresamente admite que el MPR puede ser útil para evitar que un gran distribuidor utilice una marca particular como reclamo, vendiendo por debajo del coste como reclamo que beneficiará a corto plazo a los consumidores, pero que puede conllevar una reducción de la competencia intermarca con el tiempo, en perjuicio de esos mismos consumidores<sup>8</sup>. El ejemplo resulta particularmente ilustrativo en la medida en que, en los últimos meses, han proliferado las campañas publicitarias de diversos grandes distribuidores utilizando el reclamo de las rebajas en determinados productos de marca. Pues bien, con independencia del daño que esta práctica puede acarrear a la marca utilizada como reclamo, el propio proyecto de Directrices reconoce que el beneficio que los consumidores perciben a corto plazo puede verse superado por el perjuicio que sufrirán con el tiempo si esta práctica termina reduciendo la competencia intermarca.

En definitiva, en relación con las fijaciones verticales de precio estamos ante un cambio cuya importancia no debe minusvalorarse. Por primera vez la Comisión afirma en un texto normativo con toda claridad que, aun tratándose de una de las restricciones especialmente graves a efectos del art. 81.1 TCE, sin embargo pueden no estar prohibidas cuando cumplan los requisitos del art. 81.3 TCE.

Sin embargo, si los proyectos actuales se convierten en definitivos, el cambio quedará reflejado en las Directrices, pero no en el Reglamento. Además, la declaración de ese nuevo enfoque vendrá precedida por la reiteración de que el mantenimiento de precios de reventa es una restricción especialmente grave de la competencia, que se presume no cumple los requisitos de una exención. En este sentido, habrá que esperar a ver cómo aplican las autoridades y los jueces nacionales, auténticos destinatarios de las Directrices, estas normas: ¿Optarán por la comodidad de la presunción de ilegalidad, o se decidirán a analizar, caso por caso, los efectos pro y anti-competitivos que las empresas aleguen respecto de sus acuerdos de mantenimiento de precios de reventa?

---

<sup>7</sup> Apartado 221 del proyecto de Directrices. Señala que la fijación vertical de precios puede tener las siguientes eficiencias: i) inducir a los distribuidores a incrementar la demanda cuando los fabricantes introduzcan una nueva marca o accedan a un nuevo mercado; ii) facilitar promociones de precios a corto plazo (entre dos y seis semanas) en una red de franquicias o sistema de distribución similar, y iii) evitar que un gran distribuidor utilice una marca para vender por debajo del coste como reclamo cuando ello puede implicar, a largo plazo, una reducción de la competencia intermarca en perjuicio de los consumidores.

<sup>8</sup> Apartado 221 del proyecto de Directrices verticales.

En definitiva, cabe concluir preguntándose si el nuevo enfoque propugnado por la Comisión en su proyecto de Directrices no resulta demasiado tímido. Por una parte, la afirmación de que se trata de una práctica que tiene por objeto restringir la competencia, y que esta restricción es especialmente grave, se inserta plenamente en una concepción formalista del art. 81 TCE y resulta difícil de cohonestar con una aplicación de las normas de la competencia que esté realmente basada en los efectos de las prácticas. Por otra parte, se echa de menos un reconocimiento con carácter general sobre la importancia de la intensidad de la competencia intermarca a la hora de evaluar si un acuerdo de mantenimiento de precios tiene o no efectos anticompetitivos.

## **B) Los precios máximos y los precios recomendados**

En lo que respecta al tratamiento de los precios máximos y los precios recomendados, el proyecto de Directrices no introduce grandes novedades respecto a las Directrices actualmente vigentes.

En este sentido, creemos que hubiera sido deseable que el proyecto hubiera adoptado unas reglas más claras en favor de este tipo de prácticas.

En efecto, aunque en principio los precios máximos o recomendados están permitidos, lo cierto es que, en la práctica, no siempre es fácil para una empresa determinar si al establecer precios máximos o recomendados está infringiendo el art. 81 TCE. En primer lugar, tal y como reconocen las actuales Directrices unos precios máximos o recomendados pueden tener el mismo efecto que un acuerdo de fijación de precios gracias al empleo de medidas directas e indirectas (por ejemplo, la fijación del margen del distribuidor, o de un tope máximo de descuento)<sup>9</sup>. Además, si existen mecanismos de supervisión o posibilidades de represalia, puede considerarse que un precio máximo o un precio recomendado tienen el mismo efecto que un acuerdo de fijación de precios<sup>10</sup>.

El problema reside en que en la práctica, cuando una empresa considera que la comercialización de sus productos se verá favorecida si fija un precio recomendado, lo normal es que también establezca mecanismos de supervisión para ver hasta qué punto su precio recomendado es seguido por el mercado; resulta en este sentido difícil explicar que una estrategia comercial es perfectamente legítima desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, y que sin embargo la mera existencia de mecanismos

---

<sup>9</sup> Apartado 47 de las Directrices verticales. *Vid.* igualmente el apartado 48 del proyecto de Directrices.

<sup>10</sup> Apartado 223 del proyecto de Directrices.

para vigilar su eficacia convierta esa misma estrategia en ilícita. Por otra parte, incluso aunque no quieran establecer este tipo de mecanismos, hoy en día muchos distribuidores comparten información con sus proveedores en el marco de una relación estable de distribución a través de mecanismos (como por ejemplo las bases de datos con informes de ventas, tarjetas de fidelización, etc.) cuya finalidad no es realizar un seguimiento de los precios efectivamente aplicados por el proveedor, aunque también puedan ser utilizados para identificar desviaciones respecto a los precios máximos o recomendados.

Además, esta lista de medidas no es exhaustiva. Las autoridades de competencia han identificado otras circunstancias en las que un precio máximo o recomendado puede convertirse en un supuesto de fijación de precios. Así, se tiende a considerar que si por cualquier medio se hace especialmente difícil que los distribuidores se aparten de los precios recomendados (*e.g.*, mediante el etiquetaje de los productos<sup>11</sup>, o mediante el sistema informático del establecimiento)<sup>12</sup>, se puede estar incurriendo en un supuesto de fijación vertical de precios (o al menos ser objeto de una investigación por parte de las autoridades de competencia).

Es más, aunque el proveedor o fabricante no adopte medidas susceptibles de «transformar» los precios máximos o recomendados en un supuesto de fijación vertical de precios, el proyecto señala, en línea con las actuales Directrices verticales, que un precio máximo o recomendado también puede restringir la competencia si actúa como punto de referencia para los distribuidores<sup>13</sup>. Esta afirmación resulta especialmente preocupante para las empresas, en la medida en que el proveedor no puede saber *a priori* si una parte considerable de los distribuidores se alinearán espontáneamente

---

<sup>11</sup> A modo de ejemplo, en la Resolución del TDC *Fabricantes de Lencería* se consideró que existía un supuesto de fijación de precios en un supuesto en que se enviaba un listado con los precios de venta al público junto a los artículos etiquetados ya con el Precio de Venta al Público y no un precio recomendado (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de febrero de 1997 en el expte. 383/96, *Fabricantes de Lencería*).

<sup>12</sup> En relación con los sistemas informáticos cabe mencionar la Resolución del TDC de 18 de junio de 2003 en el expte. 541/02, *DIASA*. En este asunto, una empresa distribuidora (*DIASA*) tenía establecida una red de franquicias de supermercados. *DIASA* facilitaba a sus franquiciados los precios de venta al público de los productos que les suministraba, a través de los terminales de punto de venta conectados a su sistema informático. Los precios eran recomendados y podían modificarse manualmente en el sistema informático de cada establecimiento, pero existían determinadas dificultades técnicas e inconvenientes para hacerlo. Ante estos hechos, el SDC concluyó que existía fijación vertical de precios y solicitó al TDC que sancionase a *DIASA* por infracción del art. 1 LDC. El TDC, sin embargo declaró que no existía infracción puesto que, si bien determinados franquiciados declararon que no podían modificar los precios, otros muchos manifestaron que era posible modificar los precios recomendados y el TDC pudo comprobar que no era excesivamente difícil introducir precios diferentes en el sistema informático. Esta Resolución ilustra nuevamente que una recomendación de precios no infringe las normas de competencia si resulta verdaderamente factible para el distribuidor o franquiciado modificar los precios sin excesivas dificultades.

<sup>13</sup> Apartado 224 del proyecto de Directrices (apartado 226 de las actuales Directrices).

alrededor del precio recomendado, lo que permitiría a una autoridad de competencia considerar que el precio recomendado está actuando como punto de referencia.

En definitiva, determinar si un precio máximo o recomendado será considerado restrictivo de la competencia depende de un conjunto heterogéneo de factores que no es fácil de analizar *ex ante* y que ni siquiera está siempre bajo control del proveedor o fabricante. Ante la imposibilidad de determinar con seguridad si la adopción de precios máximos o recomendados será considerada restrictiva de la competencia, muchos operadores pueden llegar a desechar la idea de adoptar este tipo de prácticas, aun cuando pudieran considerar que estas recomendaciones tendrían un efecto positivo sobre la comercialización de sus productos.

Por ello creemos que sería deseable que se estableciera con más claridad una presunción de legalidad para los precios máximos y recomendados, señalando que sólo se perseguirán este tipo de prácticas si existen pruebas concluyentes de que las empresas han aplicado precios máximos o recomendados con la finalidad de que operen como un acuerdo de fijación vertical de precios.

### 3. EL COMERCIO PARALELO, LAS PROMOCIONES LOS DESCUENTOS EN TIEMPOS DE CRISIS

La Comisión ha perseguido de forma sistemática las prácticas tendentes a restringir el comercio paralelo con un enfoque particularmente estricto. En este sentido, cabría preguntarse si no ha situado la protección del comercio paralelo al mismo nivel, sino incluso por encima, de la propia defensa de la competencia; frente el reconocimiento expreso de que la mayoría de las prácticas, incluidas las restricciones más graves, pueden tener efectos pro y anti-competitivos, siempre ha propugnado una defensa del comercio paralelo sin matices ni fisuras.

Por su parte, el Tribunal de Justicia ha apoyado esta concepción al considerar que los acuerdos con los que se pretende limitar dicho comercio han de ser considerados, a efectos del art. 81.1 TCE, como acuerdos restrictivos por su objeto. Así por ejemplo, en su reciente sentencia en el Asunto *GlaxoSmithKline* de 6 de octubre de 2009<sup>14</sup> el TJCE afirmó:

«[...] un acuerdo entre productor y distribuidor celebrado para restablecer las divisiones nacionales en el comercio entre los Estados miembros puede ser contrario al objetivo del Tratado de realizar la integración de los mercados nacionales

---

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de octubre de 2009, *GlaxoSmithKline Services/Comisión*, Asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, inédita en la recopilación de 2009, apartado 61.

mediante el establecimiento de un mercado único. El Tribunal de Justicia ha calificado en numerosas ocasiones los acuerdos cuyo objetivo es la compartimentación de los mercados nacionales con arreglo a las fronteras nacionales o que dificultan la interpenetración de los mercados nacionales, concretamente los que tratan de prohibir o limitar las exportaciones paralelas, de acuerdos cuyo objetivo es restringir la competencia en el sentido del mencionado artículo del Tratado».

Ahora bien, esta formulación, aparentemente clara, no siempre es fácil de aplicar en la práctica.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal ha señalado reiteradamente que, para apreciar el carácter eventualmente contrario a la competencia de un acuerdo, procede examinar «el contexto económico y jurídico en que se inscribe»<sup>15</sup>. En este sentido, no siempre va a ser fácil distinguir *a priori* si una determinada práctica, que puede tener un impacto negativo sobre el comercio paralelo, responde a la intención de la empresa de «restablecer las divisiones nacionales en el comercio entre los Estados miembros», o por el contrario es precisamente la respuesta ante un contexto jurídico y económico que determina que los mercados sigan siendo esencialmente nacionales.

La distinción sin embargo puede ser fundamental, en la medida en que, en el primer caso, la práctica se considerará una restricción especialmente grave de la competencia, mientras que en el segundo, el Derecho comunitario no debería interpretarse de manera que impida a las empresas adaptar sus estrategias comerciales a las características de cada mercado nacional, con vistas a maximizar su posición en cada uno de estos mercados<sup>16</sup>.

Por otra parte, con frecuencia el comercio paralelo tiene su origen, precisamente, en el distinto contexto jurídico o económico que todavía existe entre los mercados de los distintos Estados miembros. En este sentido, cuando han de analizarse prácticas que formalmente distinguen los productos destinados al mercado nacional de aquéllos destinados a la exportación, no siempre será fácil determinar *a priori* en cada caso si la práctica pretende limitar el comercio paralelo —en cuyo caso se considerará restrictiva por su objeto— o sí, por el contrario, es el resultado de ese distinto contexto jurídico o económico, en cuyo caso podrá ser lícita.

Esta dificultad se ve acrecentada por el hecho de que la Comisión y el Tribunal de Justicia han considerado contrarios al art. 81 TCE, no sólo aquellas medidas directamente dirigidas a restringir el comercio paralelo, sino también otras que indirectamente pueden producir este mismo resultado. Así por ejemplo, se ha considerado que un sistema de promociones

---

<sup>15</sup> Apartado 58 del la Sentencia *GlaxoSmithKline*.

<sup>16</sup> C. DUSSART, «Parallel imports of motor vehicles: the Peugeot case», en *Competition Policy Newsletter*, Primavera 2006 (pp. 49-51).



o de descuentos que claramente manifieste la voluntad de dar a las ventas de exportación un trato menos favorable que a las ventas nacionales, influyendo en las condiciones financieras de dichas operaciones, tiene por objeto restringir la competencia en el sentido del art. 81 CE<sup>17</sup>.

Si llevamos estas reflexiones a un momento de crisis como el actual, podemos imaginar que, en un Estado miembro en el que la demanda esté particularmente deprimida, un fabricante puede intentar hacer un esfuerzo promocional adicional —por ejemplo a través del 3 x 2, o de rebajas en los precios a los que vende el producto— que tenga por objeto hacer frente al contexto económico específico de ese mercado nacional en concreto. Este tipo de esfuerzos comerciales, que pueden ser más o menos limitados en el tiempo, pueden reducir o casi eliminar su margen comercial en determinados momentos, pero benefician a los consumidores y permiten al fabricante mantener un nivel de ventas adecuado y evitar la acumulación excesiva de *stocks*.

Sin embargo, al mismo tiempo, esos esfuerzos del fabricante, en la medida en que rebajan el precio de un producto en un país determinado, generan diferenciales de precio que pueden resultar en la aparición o el aumento del comercio paralelo.

En estas circunstancias, una aplicación excesivamente formalista de la presunción contraria a los incentivos comerciales destinados a dinamizar el mercado nacional deprimido pueden situar al fabricante ante la tesitura de no rebajar precios y dejar que la demanda nacional se deteriore aún más en ese mercado concreto, o de estimular esa demanda nacional, asumiendo el riesgo, bien de que sus productos sean objeto de un comercio paralelo que debilite sus propias ventas en los mercados de exportación, bien de ser acusado de incurrir en una de las más graves restricciones prohibidas por el art. 81.1 TCE.

Todo lo cual sugiere que, a la hora de analizar las restricciones al comercio paralelo se debería evitar incurrir en un enfoque excesivamente apriorístico y analizar caso por caso las probabilidades de que ese comercio paralelo resulte pro-competitivo. En este sentido resulta también llamativo que, mientras que para valorar los efectos de otras prácticas la Comisión europea haya aceptado que el paradigma ha de ser el consumidor, en el caso del comercio paralelo la reciente sentencia *GlaxoSmithKline* parece considerar que el comercio paralelo es merecedor de una protección, con independencia de que se traduzca o no en un beneficio para los consumidores.

---

<sup>17</sup> Apartados 67 y 67 de la Sentencia del Tribunal de Justicia 6 de abril de 2006 en el Asunto C-551/03 P, *General Motors BV c. Comisión* y apartados 46 y 47 de Sentencia del TPI de 9 de julio de 2009, *Automobiles Peugeot SA y Peugeot Nederland NV c. Comisión*.

#### 4. LAS NUEVAS REGLAS SOBRE DISTRIBUCIÓN EN INTERNET

Las vigentes Directrices verticales son ya claramente favorables a la distribución de productos por Internet.

Establecen, como regla general, que los distribuidores han de gozar de plena libertad para valerse de Internet con objeto de anunciar o vender sus productos. Restringir a los distribuidores el uso de Internet sólo resulta compatible con el Reglamento de Exención por Categorías en la medida en que la promoción o la venta en Internet conduzcan a la venta activa en los territorios o a los grupos de clientes exclusivos de otro distribuidor<sup>18</sup>. Y este tipo de situación es poco probable, pues las Directrices verticales sostienen que las actividades de publicidad o promoción en medios de comunicación o en Internet deben ser consideradas ventas pasivas.

El proyecto de Directrices mantiene en principio este enfoque<sup>19</sup>, aunque revela una actitud aún más decidida a favor de la distribución vía Internet.

Las novedades introducidas se centran aparentemente en establecer determinadas reglas destinadas a clarificar el concepto de ventas pasivas en el ámbito de Internet. Sin embargo, el concepto de ventas pasivas resultante es tan amplio en el ámbito de Internet que, en la práctica, sólo se consideran ventas activas la publicidad en línea dirigida específicamente a determinados clientes. Se ha establecido además un catálogo no exhaustivo de restricciones a las ventas pasivas por Internet que se consideran «especialmente graves»<sup>20</sup>. La amplitud con la que están redactados estos supuestos hace que, en la práctica, cualquier tipo de actividad comercial por Internet pueda ser considerado como ventas pasivas, y por ende que cualquier límite a las mismas sea una restricción especialmente grave<sup>21</sup>.

En definitiva, no está claro si y hasta qué punto, en el ámbito de Internet, va a seguir teniendo sentido la distinción entre ventas pasivas y ventas activas. El debilitamiento de dicha distinción, unida a una definición tan amplia de lo que se consideran ventas pasivas, refleja la voluntad de la Comisión de impulsar un modelo de distribución que se apoye en Internet.

---

<sup>18</sup> Apartado 51 de las Directrices verticales.

<sup>19</sup> Apartados 51 y ss. del proyecto de Directrices.

<sup>20</sup> Apartado 52 del proyecto de Directrices.

<sup>21</sup> Ahora bien, este listado no debe considerarse exhaustivo. Otras prácticas pueden también considerarse restrictivas, por ejemplo la obligación de consultar o informar al fabricante o proveedor con carácter previo a la realización de una venta a través de Internet. *Vid.* la Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003, Asunto COMP/37.975, *PO/Yamaha*: <http://ec.europa.eu/competition/anti-trust/cases/decisions/37975/en.pdf>.

Esto resulta todavía más evidente si tenemos en cuenta que el apartado 54 del proyecto de Directrices da un paso más respecto a las Directrices actuales y se señala que, «en cualquier caso, el proveedor no puede reservarse para sí las ventas y/o la publicidad en Internet».

Esto implica, en la práctica, que si un proveedor o fabricante opta por distribuir sus productos mediante un distribuidor independiente, ha de aceptar, automáticamente y sin posibilidad de negociación, que dicho distribuidor pueda vender sus productos por Internet de la forma que entienda más apropiada. De hecho, la estrategia del distribuidor puede separarse e incluso chocar con la estrategia comercial del proveedor o fabricante a la hora de posicionar su producto.

El problema no es menor, pues el proyecto de Directrices prácticamente no concede al proveedor o fabricante posibilidades de controlar la estrategia comercial de sus distribuidores en Internet. Contempla esencialmente tres supuestos:

- Se puede exigir que el sitio web tenga determinados requisitos de calidad, especialmente en el marco de una red de distribución selectiva.
- Se puede exigir a los miembros de una red de distribución selectiva que tengan una tienda o sala de exposición real antes de proceder a la distribución vía Internet.
- Cabe, en teoría, excluir totalmente la distribución por Internet si se cumplen los requisitos del art. 81.3, por ejemplo para la venta de sustancias peligrosas.

Estas excepciones son sin embargo poco claras.

Resulta, por ejemplo, difícil entender por qué las dos primeras se deben circunscribir a las redes de distribución selectiva. Exigir unos niveles de calidad mínimos a la página web o contar con locales físicos son exigencias que cabe presuponer benefician a los consumidores (les ofrecen un mejor servicio y diferentes formas de adquirir los productos), y pueden ser necesarias en el marco de cualquier política comercial, no solamente en el marco de una red de distribución selectiva. Además, el concepto de requisitos mínimos en la página web es ambiguo y por tanto, peligroso de invocar en la práctica, dada la facilidad con la que se incurre en una restricción especialmente grave en este ámbito. Sería deseable que la Comisión aclarase estos supuestos.

Por su parte, la posibilidad de invocar el art. 81.3 TCE está contemplada en términos excesivamente restrictivos, pues parece sugerirse que la exclusión de la distribución por Internet sólo debería tener lugar, por regla general, en materia de salud o seguridad públicas.

En definitiva, aunque el enfoque parece, en principio, el mismo que en las actuales Directrices, el proyecto ha ido bastante más allá. Se obliga, *de facto*, a los fabricantes a no poder elegir si distribuyen o no sus productos por Internet ni la forma en que se haga. Esto puede conducir, en algunos casos, a la indeseable consecuencia de la integración vertical de los proveedores o fabricantes.

Cabría, pues, plantearse la conveniencia de modificar este enfoque y no plantear el análisis en términos de ventas pasivas y activas en Internet, sino analizando las restricciones caso a caso, valorando los efectos pro y anti-competitivos de cada práctica en cuestión.

## 5. PAGOS DE ACCESO INICIAL Y GESTIÓN DE CATEGORÍAS

El proyecto de Directrices analiza dos nuevas prácticas que no figuran en las actuales Directrices verticales: los pagos de acceso inicial y los acuerdos de gestión por categoría (secciones 2.7 y 2.8, respectivamente, del epígrafe VI del proyecto de Directrices). Se trata de prácticas que tienen lugar, principalmente, en la distribución de productos de consumo, especialmente en relación con el suministro a grandes superficies.

Ambos tipos de acuerdos se benefician, en principio, de la exención cuando las cuotas de mercado del proveedor y del comprador no exceden del 30 por 100. Por encima de esos umbrales, deben evaluarse los efectos de este tipo de prácticas.

### A) Los pagos de acceso inicial

Los pagos de acceso inicial son cánones fijos que un proveedor paga a un distribuidor para obtener acceso a su red de distribución y como pago por los servicios prestados. En la práctica pueden adoptar diversos nombres: tasas por asignación de espacio, tasas «de mantenimiento» («*pay-to-stay fees*»), pagos por acceso a campañas de promoción, etcétera.

Los pagos de acceso inicial pueden tener efectos de exclusión tanto para los proveedores como para otros distribuidores.

En lo que respecta a los proveedores, el proyecto de Directrices señala con acierto que los pagos de acceso pueden aumentar las barreras de entrada para los pequeños operadores. Por tanto, a la hora de analizar los efectos de estas prácticas en el mercado ascendente, el proyecto propone que se apliquen por analogía los criterios relativos al análisis de los acuerdos de marca única.

Por lo que concierne a los distribuidores, las conclusiones del proyecto de Directrices son algo más dudosas. Señalan que los pagos de acceso inicial pueden inducir a un proveedor a concentrarse en un número limitado de distribuidores<sup>22</sup> y que, supuestamente, estos pagos facilitan la colusión entre distribuidores, reduciendo el incentivo a competir en el mercado descendente. Sin embargo, en la práctica resulta difícil imaginar cómo estos pagos (que pueden variar sustancialmente de un caso a otro) pueden llevar a una homogeneización de precios, sobre todo porque son recursos financieros que podrían ser empleados para ofrecer productos más baratos a los consumidores y aumentar la competencia en el mercado descendente.

El proyecto de Directrices se muestra algo más tímido a la hora de tratar los efectos pro-competitivos de los pagos de acceso inicial. Señalan que pueden solucionar problemas de asimetría en la información entre proveedores y distribuidores, contribuir a una asignación más eficiente del espacio en los locales comerciales y, en determinadas circunstancias, permitir un índice óptimo de introducción de productos (haciendo desaparecer alguno de los incentivos para la introducción de productos sub-óptimos).

En definitiva, cabe felicitarse de que la Comisión, por primera vez, haya decidido analizar en un texto normativo los problemas derivados de los pagos que algunos distribuidores exigen a los productores para comercializar sus productos. Resulta en cambio llamativo que, en este análisis, la Comisión parece seguir considerando que la capacidad de imponer restricciones recae en los fabricantes. Ello resulta llamativo en la medida en que son ya varias las autoridades nacionales que han puesto de manifiesto que este tipo de prácticas pueden asimilarse a abusos de la posición dominante individual o colectiva que, en diversos Estados miembros, ostentan algunos grandes distribuidores. También sorprende que la Comisión tampoco tome en consideración los efectos de estos pagos sobre el precio que los consumidores acaban pagando por los productos sometidos a este tipo de pagos, ni la distorsión de la competencia que se deriva de la exigencia de tales pagos para la distribución de productos de marca y no para la distribución de los productos de marca del propio distribuidor.

## **B) Los acuerdos de gestión de categoría**

El proyecto de Directrices define como acuerdos de gestión por categoría los acuerdos por los que, en el marco de un acuerdo de distribución, un distribuidor confía a un proveedor (el «capitán de categoría») la comer-

---

<sup>22</sup> Y, por tanto, el análisis de este tipo de acuerdos deben realizarse por analogía con la evaluación que se hace en el citado proyecto de las obligaciones de suministro exclusivo.

cialización de una categoría de productos, incluyendo tanto los productos del proveedor como los productos de sus competidores.

El proyecto de Directrices señala que los acuerdos de gestión por categoría pueden distorsionar la competencia entre los proveedores<sup>23</sup>. El capitán de categoría puede limitar o perjudicar la distribución de los productos de proveedores competidores. Además, cuando el distribuidor vende productos de marca propia, estos acuerdos también pueden distorsionar la competencia ya que el distribuidor puede tener incentivos para excluir a otros proveedores, en especial de productos de gama intermedia. Además, este tipo de acuerdos podrían, hipotéticamente, facilitar el intercambio de información entre proveedores y, en el caso de que un proveedor actúe de capitán de categoría para todos o la mayoría de los distribuidores competidores de un mercado, este tipo de acuerdos puede facilitar la colusión ya que proporciona a los distribuidores un punto de referencia común para sus decisiones de comercialización.

Pese a ello, el proyecto de Directrices también reconoce que estos acuerdos generan eficiencias. Pueden permitir a los distribuidores y proveedores lograr economías de escala mediante políticas de suministro optimizadas y mejorar la satisfacción de los clientes, adaptándose a sus gustos. En general, se reconoce que cuanto mayor es la competencia intermarca y menor el coste de cambio de los consumidores, mayores serán los beneficios económicos que se logren a través de la gestión por categoría.

### **C) Valoración conjunta**

Como hemos visto, los pagos de acceso y los acuerdos de gestión de categorías están exentos siempre que la cuota de mercado de cada una de las partes (tanto proveedor como distribuidor) esté por debajo del 30 por 100. Ahora bien, esto nos lleva a hacer dos consideraciones importantes.

En primer lugar, es muy posible que en muchos casos se cumplan estos umbrales y el acuerdo sea considerado exento a pesar de que exista un alto grado de concentración en el sector de la distribución. Así, un acuerdo podría estar exento a la vista de que la cuota de mercado del distribuidor estaría por debajo del 30 por 100. Ahora bien, ese porcentaje podría ser muy engañoso si el distribuidor forma parte, como han sugerido diversas autoridades de la competencia, de un «oligopolio estrecho».

En segundo lugar, esto también implica que los pagos de acceso inicial y los acuerdos de gestión de categorías sólo empezarán a plantear

---

<sup>23</sup> El proyecto de Directrices señala que el análisis de este tipo de acuerdos deben realizarse por analogía con la evaluación relativa a los acuerdos de marca única.

problemas cuando las cuotas de mercado del proveedor o del distribuidor superen el 30 por 100. Es decir, cerca de los niveles de cuota de mercado a partir de los cuales podría existir una posición dominante. Es pues posible que a muchos de estos acuerdos resulten aplicables tanto el art. 81 como el art. 82 TCE. Esto es relevante en la medida en que resulta más fácil evaluar conjuntamente los efectos pro y anti-competitivos en el marco del art. 81.3 que en el marco del art. 82.

## 6. CONCLUSIÓN: EXCESIVO FORMALISMO DE LAS NORMAS SOBRE RESTRICCIONES VERTICALES

El nuevo proyecto de Directrices verticales introduce cambios significativos respecto a las Directrices vigentes. Sin embargo, ni todos estos cambios son positivos ni los cambios positivos introducidos son siempre suficientes.

Aunque se supone que existe un enfoque basado esencialmente en los efectos de la conducta, en determinados casos el enfoque adoptado sigue siendo excesivamente apriorístico y formalista, cuando no directamente un enfoque *per se*. La fijación vertical de precios y el comercio paralelo se siguen presumiendo prácticas restrictivas *per se*. Los cambios introducidos en los nuevos textos en relación con las llamadas restricciones especialmente graves a la competencia, al recoger expresamente que este tipo de restricciones también puede ser objeto de exención, parecen demasiado timoratos.

En lo que respecta a Internet, cabría considerar que el proyecto de Directrices ha optado, quizás con algunos excesos, por fomentar la distribución por Internet. Llama en particular la atención el que, en la práctica, se impida a los fabricantes y proveedores poder elegir si sus productos se distribuirán o no por Internet y la forma en que ello se hará.

En cambio, cabe valorar de forma positiva el hecho de que, por primera vez, se analicen los efectos sobre la competencia de determinadas prácticas que son habituales en el sector de la gran distribución, y en particular los pagos de acceso inicial y los acuerdos de gestión de categorías. Llama sin embargo la atención cómo al hacerlo, la Comisión sigue una concepción desfasada del poder de mercado en el sector de la distribución comercial, al resaltar las posibles restricciones impuestas por los fabricantes, ignorando con ello que, como han puesto de manifiesto varias autoridades nacionales, este tipo de prácticas en esencia benefician a la gran distribución y a sus marcas propias, en detrimento de los productos de marca —especialmente de las marcas de gama intermedia— y, a la larga, en detrimento de los propios consumidores.