

LAS RESTRICCIONES VERTICALES DE LA COMPETENCIA*

Amadeo PETITBÒ JUAN
Presidente del Tribunal de Defensa
de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

La integración vertical de actividades en el interior de las empresas es una actividad habitual¹. Pero no se trata de una conducta que se limita a la estructura interna de las empresas. También se registran acuerdos (concentrativos y cooperativos) de integración vertical entre empresas. Y tales conductas pueden entrañar efectos sobre la eficiencia y, también, sobre la competencia como consecuencia del incremento del poder de mercado alcanzado tras el oportuno acuerdo. En las modernas economías de mercado las actividades de producción y distribución son complejas. A menudo las decisiones relevantes correspondientes a un determinado producto se toman cuando el mismo ha salido de los almacenes del fabricante. Ello supone que tales decisiones pueden afectar tanto a los resultados del distribuidor como a los propios resultados del fabricante. Este hecho ofrece incentivos al fabricante para intervenir en la esfera de la distribución.

Las restricciones verticales constituyen una conducta frecuente en las relaciones entre los fabricantes y los distribuidores (mayoristas o minoristas). Se trata de restricciones que una empresa situada en un determinado punto de la cadena de relaciones interempresariales impone a otra empresa. Por regla general, la evidencia empírica revela que se trata de restricciones impuestas por la empresa vendedora a la empresa compradora.

El análisis de la literatura económica relacionada con la economía de los mercados (de la industria) pone de relieve que las restricciones ver-

* Agradezco los comentarios y las sugerencias del profesor Alonso Soto y la ayuda de Clara Guzmán.

¹ ADELMAN, M. A., 1949.

ticales han sido interpretadas como un instrumento destinado al ejercicio del poder de mercado o para corregir determinados fallos en el mercado de la distribución de bienes y servicios.

Las conductas empresariales susceptibles de ser calificadas como verticalmente restrictivas pueden ser detectadas en una amplia variedad de mercados, sectores, empresas, bienes y servicios. También son diversas las empresas responsables de tales conductas: empresas consolidadas o nuevas empresas; empresas con un fuerte poder de mercado y con conductas *cuasi* monopolistas o empresas que pertenecen a estructuras oligopolísticas con cuotas de mercado intermedias que no pueden ser calificadas como inequívocamente dominantes.

En cualquier caso, las restricciones verticales son habituales en mercados específicos, caracterizados por la complejidad de los productos, la sofisticación del proceso productivo o sus características como bienes de lujo, por citar algunas referencias: libros, medicamentos, automóviles, carburantes, relojes-joya, zapatos de lujo, moda, productos cosméticos, cerveza o carburantes², por ejemplo. En dichos mercados, con frecuencia, las empresas llevan a cabo conductas cuyo análisis por las autoridades de defensa de la competencia también es frecuente: fijación de los precios de reventa, distribución exclusiva o selectiva, contratos anudados o restricciones territoriales, por citar tan sólo unos ejemplos.

Las tradiciones norteamericana y europea en relación con el análisis de las restricciones verticales por las autoridades de defensa de la competencia han sido distintas. En Estados Unidos las conductas son analizadas e interpretadas desde la perspectiva de los posibles efectos reales sobre la competencia. La Autoridad de defensa de la competencia de Estados Unidos, de acuerdo con la línea marcada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo persigue aquellas conductas cuyos efectos negativos sobre la competencia superen los límites de aquello que se considera «razonable» (la firma de acuerdos que incluyan la fijación de precios, por ejemplo). Sin embargo, la tradición europea comunitaria revela que la actitud de los responsables de la defensa de la competencia ha sido más rígida y restrictiva. El Tribunal de Justicia Europeo ha adoptado decisiones sobre casos de restricciones vertical tras analizar la estructura del mercado y hacer el oportuno balance sobre los efectos globales de la operación (caso *Delimitis*, por ejemplo. St. del Tribunal de Justicia, As. C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu A.G.*, Rep. I-935 y ss.). Sin embargo, en general, la Comisión Europea ha sostenido que las restricciones verticales son contrarias a la competencia *per se* y, por lo tanto, susceptibles de ser analizadas desde la óptica del artículo 85.1 del Tratado de Roma. Pero, dadas las características de de-

² En este trabajo no se hace referencia a las especificidades de los sectores y mercados de la cerveza, los carburantes y los automóviles, que disfrutan de una regulación específica en el Derecho de la competencia. Tampoco se hace referencia a las operaciones de concentración.

terminados acuerdos verticales, la Comisión ha adoptado un conjunto de reglamentos que dispensen a ciertas categorías de acuerdos de la prohibición del citado artículo 85.1.

El análisis histórico de las sentencias y resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia revela que la doctrina sobre estas cuestiones no ha sido homogénea a lo largo del tiempo y que la tendencia apunta hacia una flexibilización de los criterios del pasado. Resulta sostenible que, en una primera etapa, el objetivo fundamental fuera la integración económica y ello se tradujera en análisis estrictos de las restricciones verticales y, en una etapa posterior, alcanzado el mercado único, tenga lugar una revisión de las normas relacionadas con las restricciones verticales. Pero no debe olvidarse que la elaboración teórica de los economistas tampoco ha sido homogénea. Ha habido diferencias entre escuelas y dentro de una misma escuela con el paso del tiempo. Esto es lógico en un contexto en el que las estructuras y las conductas correspondientes a la distribución de bienes y servicios ha sido objeto de cambios relevantes. Los análisis concretos y las elaboraciones teóricas han sido objeto de un desarrollo retroalimentado que ha dado lugar a un debate relevante que ha contribuido a que el conocimiento y el análisis de las restricciones verticales hayan mejorado considerablemente.

Dos cuestiones deben ser destacadas: en primer lugar, la política europea relacionada con las restricciones verticales cuenta con más de treinta años de historia. Dicha edad resulta excesiva para una cuestión que ha sido objeto de cambios significativos en los últimos años y que está siendo objeto de cambios relevantes.

La Comisión Europea, desde la perspectiva de sus competencias, ha reflexionado acerca de la importancia de las restricciones verticales sobre el proceso de integración económica. Por ello ha considerado oportuno proceder a la revisión de dicha política por las siguientes razones: *a)* la legislación para el libre movimiento de mercancías en el mercado único ha sido aprobada en su mayor parte; *b)* los reglamentos que regulan las restricciones verticales están a punto de finalizar su período de vigencia; *c)* el sector de la distribución ha registrado cambios significativos en los últimos años con evidentes efectos sobre la competencia efectiva; *d)* la opinión de los operadores económicos en favor del cambio de la regulación de los acuerdos verticales, y *e)* el balance positivo, en algunos casos, del análisis de las restricciones verticales.

Estas y otras razones han aconsejado la redacción de un Libro Verde³ por la Comisión, preámbulo de un proceso de consultas dirigidas a conocer la opinión de un amplio número de instituciones y agentes económicos, necesario para responder «al reto que supone hacer avanzar este sec-

³ Comisión de las Comunidades Europeas, 1997. El análisis económico empleado en la redacción del Libro Verde se encuentra magníficamente resumido en REY, CABALLERO-SANZ, 1996.

tor clave de la política de la competencia hacia el tercer milenio». Y, en segundo lugar, las modificaciones registradas en las estructuras y las conductas empresariales obligan a una reconsideración de los criterios empleados en el pasado⁴. Y ello sin olvidar que, como ha señalado L. Fuentes (1998) «El enfoque de la Comisión ha llevado en ocasiones a situaciones ciertamente paradójicas. En algunos casos, la conclusión de acuerdos que no sólo no obstaculizan la libre competencia sino que, por el contrario, resultan pro-competencia en virtud de sus efectos en la práctica, se encuentran obstaculizados y retrasados al no cumplir dichos acuerdos con las condiciones establecidas en un Reglamento de exención».

La conducta de los mercados es demasiado compleja como para dejar su interpretación a la aplicación automática de una reglamentación que forzosamente debe ser el reflejo de la estilización de los casos. Dado que la naturaleza de las normas de la competencia es esencialmente económica, los análisis correspondientes deben ser de naturaleza esencialmente económica, debiendo atender simultáneamente a las condiciones de eficiencia productiva y a los efectos de las restricciones verticales sobre la competencia en el contexto de un marco jurídico determinado. En otras palabras, debe combinarse la adecuada seguridad jurídica de los operadores económicos con la oportuna protección de la competencia en los distintos mercados, sectores y actividades. Los argumentos económicos acreditados no deben resultar ensombrecidos por el velo de las discusiones estrictamente formales. Por estas razones, lo más deseable sería la articulación entre las enseñanzas procedentes del análisis económico y un sistema normativo simple que combinase la seguridad jurídica de las empresas con unos costes de gestión de la defensa de la competencia reducidos —tanto para las autoridades responsables de la defensa de la competencia como para las empresas.

Sobre la base de estos elementos de referencia, este capítulo se dividirá en dos partes principales: en primer lugar, se resumirán las razones de la reforma de la política relacionada con las restricciones verticales en Europa; y, en segundo lugar, se resumirán algunas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, Tribunal, TDC) con el fin de poner de manifiesto cuáles han sido su doctrina y sus criterios.

⁴ Como ha señalado GINER PARREÑO (en prensa), «La Historia de las *vertical restrictions* en el derecho antitrust de los Estados Unidos puede resumirse indicando que se trata, inicialmente, de un conflicto entre los dos grandes métodos de aplicación de la Sección Primera de la Sherman Act: la *per se condemnation* y la *rule of reason*. Más adelante, a partir de la década de los ochenta, el apuntado conflicto adquiere un nuevo matiz en el contexto de la persecución pública de las restricciones verticales, con notable influencia en los Tribunales inferiores de los Estados Unidos: la discusión se traslada al interior de la *rule of reason*, con la finalidad de proceder a su reestructuración mediante una simplificación analítica del supuesto de hecho fundamentado en la consagración de una presunción *iuris tantum* de licitud de las *vertical restrictions*. Finalmente, el cambio de orientación de la política antitrust de los Estados Unidos en la década de los noventa implica el regreso a la dicotomía inicialmente expuesta en este aludido contexto de la persecución pública de las restricciones verticales».

II. RAZONES DE LA REFORMA DE LA POLÍTICA COMUNITARIA RELACIONADA CON LAS RESTRICCIONES VERTICALES

El análisis de los casos y las reflexiones en relación con las restricciones verticales al amparo de los nuevos desarrollos de la teoría económica de los mercados y del actual proceso de integración económica han fomentado el desarrollo de un núcleo de opinión en el seno de las autoridades nacionales y comunitarias de defensa de la competencia partidario de modificar las viejas ideas y reglamentos.

El cambio, en cualquier caso, no ha sido súbito. La teoría económica se ha ido modificando progresivamente. Entre las obras de Scherer (1970) y Tirole (1988) hay un largo y profundo proceso creador de nuevas ideas cada vez más próximas a los casos concretos característicos de las modernas economías de mercado. Por su parte, la Comisión Europea también ha evolucionado desde la publicación del veterano Reglamento 17/62. En efecto, el elevado número de notificaciones de distribución exclusiva aconsejó a la Comisión a solicitar al Consejo la delegación oportuna⁵ para la adopción de un reglamento de exención por categorías, publicado en el año 1965 y prorrogado dos veces hasta que se derogó en el año 1983 por los nuevos reglamentos de distribución exclusiva⁶ y de compra exclusiva⁷. En el año 1988 se aprobó el reglamento referido a los acuerdos de franquicia⁸.

Tras considerar sintéticamente los principales acuerdos de distribución se hará referencia a tres grupos de consideraciones que justifican la reforma de la regulación de los acuerdos verticales. En primer lugar, la existencia de diferencias relevantes de precios entre los países comunitarios; en segundo lugar, las nuevas interpretaciones de los efectos de los acuerdos verticales recogidas en la moderna teoría económica de los mercados, y, por último, la constatación de un conjunto de hechos relevantes.

1. UN ELEMENTO DE REFERENCIA: LOS PRINCIPALES ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN

De acuerdo con el Libro Verde de la Comisión pueden distinguirse cuatro tipos principales de acuerdos verticales restrictivos, a saber: en

⁵ Reglamento n.º 19/65 CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas. El tercer considerando decía que «dado el gran número de notificaciones presentadas en aplicación del Reglamento n.º 17, parece oportuno, al objeto de facilitar la tarea de la Comisión, que ésta sea facultada para declarar, por vía de reglamento, las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 inaplicables a determinadas categorías y prácticas concertadas».

⁶ Reglamento 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva.

⁷ Reglamento 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.

⁸ Reglamento (CEE) n.º 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia.

primer lugar, los acuerdos de distribución exclusiva; en segundo lugar, los acuerdos de compra exclusiva; en tercer lugar, los acuerdos de distribución selectiva, y, por último, los acuerdos de franquicia.

A) *Acuerdos de distribución exclusiva*⁹

El Reglamento 1983/83 se refiere a los acuerdos de reventa «en los que sólo participen dos empresas, y en los cuales una parte se comprometa con la otra a entregarle únicamente a ésta determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte definida del territorio del mercado común»¹⁰. Dicho Reglamento incluye todos los acuerdos de distribución exclusiva bilaterales relativos a productos terminados cuyo comercio tenga efectos transfronterizos. Sin embargo, aquellos acuerdos en los cuales el fabricante designe más de un concesionario en el mercado geográfico de referencia, los acuerdos relacionados con la prestación de servicio, o aquellos —recíprocos o no— celebrados entre empresas competidoras¹¹ no se incluyen en el ámbito de aplicación del reglamento y, en consecuencia, no pueden beneficiarse de la exención por categorías y deben someterse a un análisis individualizado.

Al aprobar el reglamento se supuso que los contratos de distribución exclusiva susceptibles de autorización automática contribuían a mejorar las condiciones de distribución y a estimular las condiciones de competencia entre los bienes de distintos fabricantes. Y se ha sostenido que tales contratos constituían el medio más eficaz para que las empresas de pequeña y mediana dimensión pudieran entrar más fácilmente en los mercados, y los consumidores pudieran acceder más fácilmente a los bienes procedentes de los Estados Miembros. Pero también contribuyen a que los precios finales de los bienes y servicios se aproximen a aquellos que corresponderían a los correspondientes a la maximización conjunta de los beneficios.

La protección territorial que se concede al distribuidor debe asegurar que los ciudadanos puedan aprovecharse de las ventajas de la distribución exclusiva. Ello exige garantizar la posibilidad de importaciones paralelas. No debe haber abuso de los derechos de propiedad industrial o de otros derechos susceptibles de crear barreras territoriales. Y la competencia en el territorio de referencia debe estar garantizada. No cabe, pues, la negativa injustificada de venta y la discriminación de precios o condiciones de venta ni tampoco la aplicación de precios excesivos. Tales restricciones caen en el ámbito del artículo 85.1, sin que quepa la posibilidad de una exención individual. El proveedor sólo puede limitar las

⁹ Incluyen la asignación exclusiva de clientes, el suministro en exclusiva, la distribución selectiva (cualitativa y cuantitativa), la imposición de cantidades, y los requerimientos del servicio.

¹⁰ La exención por categorías se aplica si el compromiso no supera el período contemplado en el acuerdo.

¹¹ Excepto aquéllos en que las dos partes o una de ellas constituya una cifra de negocios inferior a los 100 millones de Ecus.

ventas internas de sus concesionarios fuera de sus territorios, pero no puede prohibir las ventas pasivas, amparadas por el reglamento.

*B) Acuerdos de compra exclusiva*¹²

El Reglamento 1984/83 se refiere a los acuerdos de compra exclusiva entre dos empresas¹³ con fines de reventa. Tales acuerdos, según el Considerando sexto del reglamento citado, facilitan la promoción de la venta de un producto debido a los compromisos adquiridos por el revendedor para mejorar la red de distribución. En consecuencia, fomentan la competencia entre los productos de distintos fabricantes. En ocasiones la técnica de la compra exclusiva es el único medio de penetrar en un mercado, especialmente en el caso de las empresas de pequeña y mediana dimensión, y afrontar la competencia de otros comerciantes.

El revendedor se compromete a no adquirir bienes sustitutivos de los que han sido objeto del contrato a otros proveedores. Si el proveedor impone el precio de venta (fijo, máximo o mínimo) al distribuidor o acuerda aplicar precios diferenciados a determinadas categorías de clientes, dichas conductas infringen el artículo 85.1. Tan sólo son aceptables las recomendaciones de precios si no van acompañadas de otras recomendaciones vinculantes. Por su parte, el proveedor puede distribuir sus productos a través de otros revendedores del mismo nivel de distribución en la misma zona geográfica objeto del contrato. El revendedor no está sujeto a restricciones territoriales en relación con sus ventas, pudiendo actuar activamente fuera de su territorio principal para captar nuevos clientes. Es frecuente que los acuerdos de compra exclusiva vayan acompañados de pactos de no competencia.

Por su parte, el tercer Considerando del reglamento indica que «los acuerdos de compra exclusiva de las categorías definidas en el presente Reglamento pueden quedar comprendidos en el ámbito del apartado 1 del artículo 85 del Tratado» lo que «ocurre cuando forman parte de un conjunto de acuerdos similares que, conjuntamente, pueden afectar al comercio entre los Estados Miembros». En efecto, los acuerdos de compra exclusiva vinculan al distribuidor a un único fabricante o proveedor pudiendo dificultar el acceso de terceros al mercado con los consiguientes efectos sobre la competencia efectiva.

Ahora bien, si dichos acuerdos cumplen las condiciones recogidas en el reglamento pueden contribuir a mejorar las condiciones de producción y distribución de los bienes dado que contribuyen a reducir los costes y

¹² Los acuerdos de compra exclusiva de cerveza y gasolina están sometidos a disposiciones específicas.

¹³ Las dos partes o una de ellas debe tener un volumen de negocios igual o inferior a los 100 millones de Ecus. Con el fin de garantizar el acceso de terceros al mercado la exención sólo se aplica si la duración del contrato no excede los cinco años.

la incertidumbre. Incluso pueden ser el único camino de entrada en los mercados para las empresas de pequeña y mediana dimensión. En definitiva, al facilitar la entrada y reducir los costes pueden estimular las condiciones de la competencia en beneficio de las empresas y de los consumidores. Opinión distinta merecerían tales acuerdos si se emplean para erigir barreras de entrada.

De acuerdo con el artículo 3 del reglamento, la exención por categorías no se aplica cuando, en primer lugar, fabricantes de productos sustitutivos celebren acuerdos recíprocos o no recíprocos de compra exclusiva sobre dichos productos¹⁴; en segundo lugar, «el compromiso de compra exclusiva se refiera a varios productos que no tengan vinculación entre sí, ni por su naturaleza ni por los usos comerciales». Y, por último, la exención no se aplicará en aquellos casos en que el contrato se establezca con una duración indeterminada o superior a los cinco años.

C) Acuerdos de distribución selectiva

Los acuerdos de distribución selectiva, a diferencia de los acuerdos de distribución y compra exclusiva, no disponen del correspondiente Reglamento de exención. Tales acuerdos se refieren a contratos que, en general, incluyen un compromiso recíproco de las partes firmantes mediante el cual el fabricante se compromete a distribuir sus bienes exclusivamente a través de aquellos revendedores que cumplan un conjunto de requisitos profesionales, técnicos o comerciales. Por su parte, el distribuidor autorizado se compromete a no adquirir o vender los bienes objeto de contrato a distribuidores (mayoristas o minoristas) ajenos a la red oficial.

El proveedor no puede fijar el precio final (fijo, máximo o mínimo), y el distribuidor dispone de libertad para aplicar descuentos. La recomendación de precios, sin sugerencias adicionales, es admitida. Los compromisos de carácter promocional (volumen de negocios mínimo pero razonable, garantizar cierta rotación anual de las existencias, por ejemplo) son compatibles con el artículo 85.3 del Tratado.

En el Libro Verde, sobre la base de la experiencia administrativa de la Comisión y de la Jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia Europeos, se distinguen tres tipos de distribución selectiva, a saber: en primer lugar, las redes basadas únicamente en criterios cualitativos; en segundo lugar, las redes a las que sólo pueden acceder aquellos revendedores que, además de cumplir determinados criterios cuantitativos, estén dispuestos a cumplir ciertos compromisos de carácter promocional; y, por último, las redes en las que el fabricante limita el número de revendedores en función de criterios puramente cuantitativos.

En primer lugar, las redes basadas en criterios cualitativos. En este sistema se definen las características técnicas, profesionales y funcionales del

¹⁴ Excepto si las dos partes, o una de ellas, realizan un volumen de negocios anual total inferior a los 100 millones de Ecus.

agente distribuidor en cada punto de venta. La Comisión, en este caso, ha aplicado la regla de razón de acuerdo con la cual las prohibiciones del artículo 85.1 no se aplican a dicho sistema de distribución si cumplen tres principios: el principio de necesidad, según el cual los criterios objetivos de carácter cualitativo deben ser adecuados al tipo de bien objeto del contrato; en segundo lugar, el principio de proporcionalidad, según el cual no deben imponerse condiciones desproporcionadas en relación con el objetivo de garantizar la distribución del bien o bienes objeto de contrato en condiciones óptimas, y, por último, el principio de no discriminación, según el cual los criterios de elección cualitativos han de ser iguales para todos los distribuidores y aplicarse sin discriminación alguna.

En segundo lugar, las redes a las que sólo pueden acceder aquellos revendedores que, además de cumplir determinados criterios cuantitativos, aceptan el cumplimiento de ciertos compromisos de carácter promocional.

De acuerdo con los criterios de la Comisión, aquellas redes que sólo aceptan revendedores que además de cumplir determinados criterios cuantitativos adquieren compromisos adicionales de carácter promocional, eluden la regla de la razón y están sometidos al artículo 85.1.

Sin embargo, dado que la localización de dichas redes puede realizarse de acuerdo con criterios de maximización de su eficiencia pueden beneficiarse de una exención amparada por el artículo 85.3.

En tercer lugar, las redes sometidas a la limitación del número de los revendedores de acuerdo con criterios cuantitativos.

En los casos en que el fabricante ha limitado el número de revendedores en función de criterios cuantitativos (el nivel de renta y, por lo tanto, la capacidad de demanda del territorio de referencia, por ejemplo) ha sido de aplicación, con pocas excepciones, el artículo 85.1 del Tratado.

D) Acuerdos de franquicia

El Reglamento 4087/88 regula los acuerdos de franquicia comercial mediante los cuales una empresa (franquiciadora o cedente) concede a otra (franquiciada o concesionaria) el derecho a explotar una franquicia, mediante la oportuna compensación económica, con la finalidad de comercializar determinados bienes (y/o servicios). En los contratos de franquicia se incluyen los derechos de propiedad (industrial o intelectual) «relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, derechos de autor, *know how* o patentes» necesarios para llevar a cabo el proceso de distribución de los bienes (y/o servicios) objeto del contrato. Se excluyen la compra en exclusiva y la fijación de precios por el franquiciador¹⁵.

¹⁵ Las recomendaciones de precios están prohibidas. Pero el franquiciador puede recomendar precios si no existe la oportuna prohibición por las legislaciones nacionales y si dicha recomendación no da lugar a prácticas concertadas.

De acuerdo con el artículo 3.2 del Reglamento 4087/88, las cláusulas esenciales para el desarrollo de la actividad y la protección de los derechos del franquiciador no están contempladas por el artículo 85.1, excepto si incluyen una protección territorial absoluta, pudiendo el franquiciador conceder al franquiciado un territorio exclusivo. Tampoco pueden prohibirse las entregas cruzadas entre los miembros de la red o entre éstos y los miembros de otras redes creadas paralelamente por el franquiciador.

Sin embargo, la particular naturaleza de los contratos de franquicia exige un análisis pormenorizado de su contenido dado que pueden incluir cláusulas restrictivas de la competencia, como territorios exclusivos o prohibiciones de reventa, susceptibles de incurrir en las prohibiciones del artículo 85.1. En cualquier caso, dicho análisis permite considerar simultáneamente sus ventajas y problemas, de forma que, en determinadas circunstancias, pueden ser objeto de exención.

El Reglamento admite, en su Considerando número 7, que los contratos de franquicia pueden mejorar las condiciones de distribución «puesto que dan a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que puede favorecer la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, aumentando así la competencia entre marcas. También permiten que los comerciantes independientes puedan establecer instalaciones más rápidamente y con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del franquiciador. Por tanto, tienen la posibilidad de competir de forma más eficaz con grandes empresas de distribución». Y en su Considerando número 8 sostiene que los consumidores pueden beneficiarse de las ventajas de la franquicia dado que combinan las ventajas de una red de distribución eficiente con la existencia de comerciantes autónomos interesados personalmente por el funcionamiento eficaz de su empresa: «El efecto favorable de la franquicia sobre la competencia entre marcas y el hecho de que los consumidores sean libres para tratar con cualquier franquiciado en la red de distribución garantizan que una parte razonable de los beneficios resultantes sean transmitidos a los consumidores».

Es relevante el hecho que el artículo 2.e) del Reglamento declare que la exención se aplicará a «la obligación del franquiciado de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del competidor que sean objeto de la franquicia», pero no hace extensiva la exención a aquellas restricciones referidas a las piezas de repuestos y accesorios fabricados por los competidores del franquiciador. En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 3.1.a) del Reglamento, su artículo 1¹⁶ se aplicará en la medida en que sea necesario para la

¹⁶ «De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, y con arreglo a las disposiciones del presente Reglamento, el apartado 1 del artículo 85 no se aplicará a los acuerdos de franquicia en los que sólo participen dos empresas y que incluyan una o más de las restricciones enumeradas en el artículo 2.»

protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial del franquiciador o para mantener la identidad o reputación de la red franquiciada a la obligación del franquiciado de «vender, o utilizar en el marco de la prestación de servicios, exclusivamente productos que cumplan las especificaciones mínimas objetivas de calidad establecidas por el franquiciador». Inclusive, de acuerdo con el artículo 3.1.b) del Reglamento, el franquiciador puede imponer limitaciones a la capacidad de elección del franquiciado a los productos fabricados por el franquiciador o por terceros designados por él «cuando resulte impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos objeto de la franquicia».

2. DIFERENCIAS DE PRECIOS DE LOS BIENES Y SERVICIOS EN LOS PAÍSES COMUNITARIOS

La Comisión Europea reconoció, de acuerdo con el conocido como Informe Cecchini (1988), que a mediados de la década de los años ochenta no se habían aprovechado los resultados potenciales de la integración económica de los Estados miembros de la Unión Europea. Y reconoce actualmente que todavía no se ha recorrido todo el camino. En este contexto se atribuye una importancia especial a la competencia, condición necesaria para el desarrollo de la eficiencia (estática y dinámica).

Aun aceptando que algunos servicios resultan fácilmente protegidos de la competencia internacional (profesiones liberales, por ejemplo) o nacional (farmacias, por ejemplo), las autoridades comunitarias basaron su estrategia dirigida a la consolidación del mercado único en la hipótesis de que la supresión de las barreras no arancelarias favorecería la competencia y, en consecuencia, las diferencias de precios entre países tenderían a reducirse, eliminando progresivamente los beneficios extraordinarios procedentes del ejercicio del poder de mercado o de la protección del mismo.

La Comisión reconoce que actualmente todavía se constatan diferencias de precios excesivas. Pero, apoyándose en los datos de un estudio reciente (DRI, E. de Ghellinck y Horack, Adler y asociados, 1996) sostiene que existe una tendencia hacia la convergencia de precios.

Para la Comisión, el análisis de los datos contenidos en el cuadro 1 muestra que cuando el mercado único ha tenido un impacto real, las diferencias entre los precios se han reducido. Cuando no ha existido dicho impacto (sectores de la construcción o energía, por ejemplo) la reducción del indicador de dispersión de los precios no ha tenido lugar.

Dejando aparte la tautología contenida en el razonamiento, el análisis de los datos ofrecidos por la Comisión sugiere dos comentarios.

En primer lugar, es evidente que, en general, puede sostenerse que la dispersión de los precios se ha reducido por la incorporación de nuevos países. En efecto, cuando se compara lo ocurrido en EC-6 y EC-12 se ob-

CUADRO 1. COEFICIENTES DE VARIACIÓN DE PRECIOS ENTRE PAÍSES EN DETERMINADOS GRUPOS DE BIENES SELECCIONADOS. 1980-1993

	1980		1993		Diferencias 1980-1993	
	Imp. inclu.	Imp. exclu.	Imp. inclu.	Imp. exclu.	Imp. inclu.	Imp. exclu.
<i>EC-6</i>						
Bienes de consumo	15,9	15,7	12,4	12,6	-3,5	-3,1
Servicios	22,7	23,1	21,3	21,7	-1,4	-1,4
Energía	18,4	17,2	24,3	23,4	+5,9	+6,2
Bienes de equipo	10,5	10,5	12,5	12,5	+2,0	+2,0
Construcción	15,7	15,7	19,1	19,1	+3,4	+3,0
<i>EC-9</i>						
Bienes de consumo	19,9	18,8	18,0	16,6	-1,9	-2,2
Servicios	25,2	25,7	23,4	23,3	-1,8	-2,4
Energía	22,1	20,5	30,6	27,4	+8,5	+6,9
Bienes de equipo	13,1	13,1	12,9	12,9	-0,2	-0,2
Construcción	20,1	20,1	22,4	22,4	+2,3	+2,3
<i>EC-12</i>						
Bienes de consumo	26,0	24,2	19,6	18,4	-6,4	-5,8
Servicios	33,0	31,9	28,6	28,3	-4,4	-3,6
Energía	30,8	28,0	31,7	29,7	+0,9	+1,7
Bienes de equipo	18,0	18,0	14,5	14,5	-3,5	-3,5
Construcción	24,4	24,4	27,4	27,4	+3,0	+3,0

Fuente: DRI, E. de Ghellinck y Horack, Adler y asociados (1996), citado por la Comisión.

serva que en el caso de EC-6 la magnitud del coeficiente de variación de precios se ha incrementado para tres grandes sectores (energía, construcción y bienes de equipo), reduciéndose en los otros dos sectores (bienes de consumo y servicios). Pero si los datos se refieren a EC-12 su análisis revela que el valor de los coeficientes de variación tan sólo ha aumentado en dos grandes sectores (energía y construcción) y lo ha hecho en menor cuantía, acaso por la mayor magnitud de los datos de partida.

En segundo lugar, conviene analizar qué ha ocurrido en el período más reciente de los analizados. El análisis de lo sucedido entre 1990-1993 puede resultar significativo (cuadro 2).

La comparación de los datos correspondientes a los años 1990 y 1993 revela una tendencia al incremento de los coeficientes de variación de precios en todos los grupos y, en especial, en el EC-6. Este hecho pone de relieve que las condiciones de los mercados no se han comportado totalmente según las hipótesis de partida y que es necesario una mayor atención de las autoridades de defensa de la competencia sobre dicho comportamiento. En cualquier caso, el optimismo de la Comisión no está justificado. El problema de la dispersión de los precios parece más serio que el planteado por la Comisión que lo reduce a la afirmación de

CUADRO 2. COEFICIENTES DE VARIACIÓN DE PRECIOS ENTRE PAÍSES EN DETERMINADOS GRUPOS DE BIENES SELECCIONADOS. 1990-1993

	1990		1993		Diferencias 1990-1993	
	<i>Imp. inclu.</i>	<i>Imp. exclu.</i>	<i>Imp. inclu.</i>	<i>Imp. exclu.</i>	<i>Imp. inclu.</i>	<i>Imp. exclu.</i>
<i>EC-6</i>						
Bienes de consumo	13,5	13,4	12,4	12,6	-1,1	-0,8
Servicios	20,0	20,2	21,3	21,7	+1,3	+1,5
Energía	19,4	18,8	24,3	23,4	+4,9	+4,6
Bienes de equipo	11,6	11,6	12,5	12,5	+0,9	+0,9
Construcción	14,0	14,0	19,1	19,1	+5,1	+5,1
<i>EC-9</i>						
Bienes de consumo	20,3	18,5	18,0	16,6	-2,3	-1,9
Servicios	24,6	23,7	23,4	23,3	-1,2	-0,4
Energía	24,7	22,6	30,6	27,4	+5,9	+4,8
Bienes de equipo	12,2	12,2	12,9	12,9	+0,7	+0,7
Construcción	16,5	16,5	22,4	22,4	+5,9	+5,9
<i>EC-12</i>						
Bienes de consumo	22,8	21,5	19,6	18,4	-3,2	-3,1
Servicios	31,8	30,4	28,6	28,3	-3,2	-2,1
Energía	28,0	26,0	31,7	29,7	+3,7	+3,7
Bienes de equipo	13,1	13,1	14,5	14,5	+1,4	+1,4
Construcción	23,5	23,5	27,4	27,4	+3,9	+3,9

Fuente: DRI, E. de Ghellinck y Horack, Adler y asociados (1996), citado por la Comisión.

que todavía subsisten algunos obstáculos de tipo reglamentario o administrativo, y existen otros factores «naturales» (como el idioma, las preferencias o las costumbres locales) que seguirán generando costes (y, por tanto, barreras) a la integración del mercado, así como otros factores menos naturales (como las monedas diferentes y fluctuantes). Un análisis más riguroso revela que el núcleo del problema está en el comportamiento de los mercados y en el ejercicio del poder de dominio en los mismos ¹⁷. Resulta comprensible —y así lo revela el análisis empírico

¹⁷ La Comisión, en el Libro Verde, se da cuenta de este hecho pero no lo analiza, pese a su importancia: «La Comisión carece de datos que le permitan determinar la forma en que el proceso de integración se ve obstaculizado por el hecho de que existen muy pocos distribuidores de envergadura europea que se hayan expandido fuera de su propio territorio en comparación con el número de productores que venden regular y significativamente fuera de sus mercados «nacionales». Incluso en los casos en que los distribuidores se han expandido hacia otros mercados, lo han hecho absorbiendo a los distribuidores locales existentes (manteniendo su nombre inicial, su estilo, etc.). Además, en conjunto, dichos distribuidores parecen abastecerse localmente, bien debido a las eficiencias inherentes de la cadena de suministro logístico local, bien por la insistencia de los fabricantes en realizar el suministro sólo a través de su filial o distribuidora local en ese Estado miembro. En apariencia, la discriminación de precios por parte de los productores entre diversos Estados miembros sería más difícil si tuvieran que enfrentarse a distribuidores de alcance europeo».

correspondiente a mercados históricamente integrados— la existencia de diferencias de precios entre territorios. Pero lo que debe ser objeto de atención especial es que dichas diferencias se incrementen.

3. LA NUEVA TEORÍA ECONÓMICA DE LOS MERCADOS

De acuerdo con la nueva teoría económica de los mercados, desde la perspectiva de las autoridades de defensa de la competencia, los problemas derivados de las restricciones verticales devienen importantes cuando en los mercados relevantes se registran situaciones de poder de mercado¹⁸. Este hecho revela que el *hard core* de la cuestión es de naturaleza esencialmente económica. En efecto, el elemento de referencia fundamental en el análisis de las restricciones verticales es el grado de competencia entre las diferentes marcas. La competencia entre marcas es secundaria. El análisis de la competencia en el mercado relevante es el punto de partida necesario para conocer el efecto neto de las restricciones verticales sobre la competencia. Y este hecho, resultado de un intenso debate durante muchos años —con el telón de fondo de las intensas modificaciones registradas en el sector de la distribución—, ha conducido a la Comisión a plantear el «desarrollo de una política coherente con el análisis económico que tenga en cuenta el equilibrio entre el análisis del mercado total de cada caso particular y los costes de tal mecanismo de supervisión».

Este planteamiento supone que cuanto mayor sea la competencia entre marcas es menos probable que las restricciones verticales tengan un efecto negativo sobre la competencia. Alternativamente, cuanto más débil sea la competencia entre marcas será más probable que las restricciones verticales afecten negativamente a la competencia y que los precios se sitúen por encima de los costes marginales, proporcionando a las empresas beneficios extraordinarios en perjuicio de los consumidores.

Con este enfoque parece que se ha alcanzado un acuerdo o, al menos, un cierto consenso¹⁹ entre los economistas. Ahora, las restricciones ver-

¹⁸ Capacidad de las empresas de fijar el precio por encima de los costes marginales.

¹⁹ Como se indica en el Libro Verde: «En el pasado, el análisis económico de las restricciones verticales ha sido objeto de un apasionado debate entre economistas. A principios de los años 80, se pasó de considerarlas una amenaza para la competencia a la opinión generalizada de que eran inocuas (Escuela de Chicago). En la actualidad, se está llegando a un nuevo consenso, y los economistas son más cautos al valorar el efecto de las restricciones verticales sobre la competencia y más reacios a generalizar, ya que no se puede considerar que estas restricciones sean, por naturaleza, beneficiosas para la competencia. Sin embargo, hay un elemento que merece destacarse: el pensamiento económico actual hace hincapié en la importancia de la estructura de mercado a la hora de determinar el impacto de las restricciones verticales sobre la competencia. Cuanto más agresiva sea la competencia entre diversas marcas, habrá más posibilidades de que los efectos positivos de las restricciones verticales sobre la competencia y la eficiencia superen a los efectos anticompetitivos. Ocurrirá a la inversa cuando la competencia entre diversas marcas sea exigua y existan importantes barreras de acceso».

ticales ya no son consideradas conductas universalmente contrarias o favorables a la competencia. El análisis de los casos concretos es necesario. Y en este análisis la consideración de la estructura de los mercados constituye un elemento de referencia fundamental. Como se indica en el Libro Verde: «Los efectos anticompetitivos sólo se producirán cuando la competencia entre marcas sea débil y existan barreras de acceso en los sectores de la producción o la distribución. Además, se sabe que los acuerdos en la cadena de distribución reducen los costes de las operaciones, pudiendo materializar la eficiencia potencial existente en el sector de la distribución. En contraste, en algunos casos, las restricciones verticales crean barreras de acceso u obstaculizan la competencia horizontal en mercados oligopolísticos».

Como ha resumido E. Huerta (en prensa), las restricciones verticales tienen efectos positivos o negativos sobre la eficiencia y el bienestar en función del contexto en que se llevan a cabo y de los objetivos perseguidos. Entre los efectos positivos cita los siguientes: en primer lugar, la reducción del conflicto de objetivos entre los fabricantes y los distribuidores; en segundo lugar, la garantía de los derechos de propiedad; en tercer lugar, la reducción de los costes de distribución y marketing; en cuarto lugar, la reducción de los costes de transacción; y, por último, la disminución de las distorsiones derivadas de la existencia de poder de monopolio sucesivo. Por el contrario, en determinadas circunstancias las restricciones verticales pueden generar efectos horizontales y reducir la competencia. Entre las consecuencias negativas para la competencia pueden citarse las siguientes: en primer lugar, el hecho de que facilitan la colusión; en segundo lugar, el riesgo de reforzamiento de las barreras de entrada; y, en tercer lugar, la posible exclusión de competidores. Como subraya E. Huerta, «de la estimación de los beneficios y costes que los acuerdos verticales imponen a la competencia se podrá deducir el efecto neto sobre el bienestar, de la utilización por las empresas de estos contratos para organizar las transacciones y distribuir los productos de los consumidores».

La interpretación de los economistas parte de un supuesto muy simple: la regularidad de las relaciones económicas entre los fabricantes y los distribuidores abre la posibilidad de establecer contratos y restricciones verticales entre ellos que contribuyan a reducir sus costes medios y, en consecuencia, a mejorar su posición competitiva en sus mercados respectivos, sus resultados, y, como consecuencia del oportuno efecto sobre los precios, pueden tener efectos positivos para los consumidores.

La Comisión, en el Libro Verde, adopta una clasificación operativa de las restricciones verticales distinguiendo entre aquellas que contribuyen a mejorar la eficiencia económica mediante una mayor coordinación entre fabricantes y distribuidores, y las que suponen un perjuicio para la competencia. Es justamente la coordinación mediante restricciones verticales el instrumento que a menudo contribuye a mejorar la eficiencia y

los resultados empresariales, y, si se dan determinadas circunstancias en el mercado, dicha mejora puede repercutir positivamente sobre los consumidores.

A) *Restricciones verticales con efectos positivos absolutos*

En este apartado pueden distinguirse dos casos: la coordinación vertical en la fijación de precios y la coordinación vertical en la prestación de servicios.

a) La coordinación vertical en la fijación de precios

La coordinación vertical puede contribuir a reducir los costes empresariales y, en consecuencia, los precios de los bienes intermedios y de los bienes finales. La existencia de poder de mercado supone que los fabricantes y los distribuidores pueden aplicar márgenes adicionales a sus costes respectivos con el correspondiente efecto sobre los precios. Este fenómeno de doble marginalización²⁰ tiene su origen en el hecho de que las distintas empresas dentro de la cadena de valor adoptan sus decisiones sobre precios independientemente, sin que exista una estrategia global dirigida a maximizar los beneficios totales. Este hecho puede suponer precios más elevados en relación con los que corresponderían a una estrategia global de maximización de beneficios o de otras variables. El problema puede resolverse mediante la fijación del precio máximo por parte de los productores, por ejemplo.

b) La coordinación vertical en la prestación de servicios

El desarrollo de las modernas formas comerciales introduce un cierto dualismo en el sector: junto a establecimientos que ofrecen los oportunos servicios preventa y postventa conviven establecimientos que careciendo de tales servicios pueden ofrecer sus bienes a precios inferiores como consecuencia de los menores costes que tienen que soportar. Este hecho permite plantear dos escenarios distintos. En el primer escenario puede suponerse el caso de un distribuidor que informa a sus clientes y/o que dispone de un establecimiento adecuado que contribuye a incrementar sus ventas. No cabe duda de que la mejora de las condiciones de la oferta se traduce en mayores expectativas de ventas y, por tanto, de beneficios. Pero dicha estrategia, además de beneficiar al distribuidor tam-

²⁰ La doble marginalización fue el primer problema de consideración relacionado con las restricciones verticales que atrajo el interés de los economistas (SPENGLER, 1950). La cuestión se refiere a una situación en la que el fabricante y el distribuidor disponen de poder de mercado. Cada uno de los agentes incrementa sus costes con el correspondiente *mark-up*. El resultado es la suma de un doble *mark-up* y, en consecuencia, mayores precios. Desde la perspectiva de los efectos de dicha conducta sobre los resultados empresariales el problema surge porque cada uno de los agentes toma sus decisiones sobre precios y rentabilidad independientemente de los del otro agente, de forma que el precio final puede ser distinto del precio que maximiza los beneficios conjuntos. La integración vertical (a través del mantenimiento del precio de reventa, por ejemplo) puede, bajo determinadas condiciones, permitir dicha maximización.

bién beneficia al fabricante. Probablemente el esfuerzo de ventas del distribuidor se incrementaría si pudiera apropiarse de los beneficios adicionales apropiados por el fabricante.

Bajo estas condiciones es posible articular las conductas de fabricantes y distribuidores de modo que permitan optimizar los resultados dentro de la estructura vertical. Además, si el mercado es testigo de una intensa competencia entre marcas, los resultados de las restricciones verticales redundarán en su beneficio.

En el segundo escenario puede incluirse la figura del gorrón (*free rider*). El gorrón refleja un tipo de fallo del mercado en el proceso de distribución. El tema cuenta con una dilatada historia en el área de la economía de los mercados desde que Telser (1960) analizara las relaciones entre los fabricantes y los distribuidores en relación con la determinación de los precios al detall. El planteamiento de Telser puede resumirse como sigue: en primer lugar, la demanda final de un bien está correlacionada positivamente con los servicios ofrecidos por el detallista; en segundo lugar, tales servicios son específicos y diferenciables de los correspondientes a otros bienes; en tercer lugar, dichos servicios tienen un coste, y, por último, la compra de un bien y el uso de los servicios ofrecidos por el detallista son perfectamente separables.

Supóngase el caso de un empresario fabricante que ofrece sus bienes a los consumidores finales a través de los distribuidores minoristas. Supóngase también, que, como en el supuesto anterior, el bien en cuestión, para llegar al consumidor final, depende de los servicios de publicidad e información que puedan realizar los distribuidores minoristas²¹.

Lógicamente, si el distribuidor minorista emplea sus recursos en una campaña de publicidad y/o en personal cualificado, por ejemplo, con el objetivo de proporcionar un adecuado servicio de información a sus eventuales clientes, con toda probabilidad incrementará sus ventas y, con ello, sus ingresos.

En este momento se plantea una cuestión relevante: el esfuerzo inversor llevado a cabo por el minorista puede contribuir a mejorar los resultados de otros minoristas que no han realizado inversión alguna y que, por tanto, pueden ofrecer los bienes de referencia a menores precios. Surge, pues, el problema del gorrón. Se trata de posibles distribuidores minoristas que elaboran su estrategia comercial sobre la base del aprovechamiento indirecto de las inversiones o gastos realizados por otros minoristas. El análisis económico revela que, en este caso²², el bien considerado se situará por debajo del nivel óptimo²³. En este contexto, la in-

²¹ Caso frecuente cuando se trata de bienes o servicios nuevos o de alta tecnología.

²² Ver, por ejemplo, PERRY, 1989.

²³ A modo de ejemplo ilustrativo y con el riesgo de trivializar la cuestión, supóngase el caso de un consumidor que obtiene toda la información relevante necesaria para tomar su decisión de compra de un equipo de alta fidelidad en una tienda especializada y dotada de vendedores expertos, y que adquiere, posteriormente, dicho equipo en una tienda de barrio, no especializada y sin personal cualificado, a un precio notablemente inferior.

tegración vertical de la producción y la distribución permitiría alcanzar efectos positivos en términos de eficiencia²⁴.

Pero el análisis no es concluyente. Es cierto que si la estructura vertical registra ganancias en eficiencia el consumidor podrá beneficiarse de las mismas, contrarrestando los efectos potencialmente negativos sobre la competencia promovidos por las restricciones verticales. Pero no es menos cierto que si la estructura vertical dispone de poder en el mercado relevante puede hacer uso del mismo con el fin de apropiarse de cualquier ganancia de eficiencia incrementando sus beneficios y dejando al margen de los mismos a los consumidores.

B) Restricciones verticales con efectos negativos

Un análisis riguroso de los efectos de las restricciones verticales sobre la competencia en las actividades de distribución exige la consideración de la competencia dentro de la misma marca y de la competencia entre marcas de fabricantes distintos. Como indica el Libro Verde «La introducción de restricciones verticales puede ser una forma de diluir la competencia ascendente entre fabricantes que no compiten directamente entre sí, sino a través de sus minoristas. En este caso, se puede hablar de competencia entre «estructuras verticales».

De acuerdo con los criterios del Libro Verde, las restricciones verticales pueden atenuar la competencia de tres formas distintas, como mínimo: *a)* cárteles de fabricación o distribución; *b)* restricciones verticales dirigidas a cerrar mercados, y *c)* restricciones verticales utilizadas para reducir la competencia entre fabricantes.

a) Cárteles de fabricación o distribución

En relación con los cárteles de fabricación o distribución puede sostenerse que, en ocasiones, tienen como objetivo y efecto la restricción o eliminación de la competencia dentro de la misma marca. Ejemplos destacados de dicha estrategia son los acuerdos de distribución territorial exclusiva o la fijación en origen de los precios al detall (o estrategias de mantenimiento del precio de reventa).

Ante estas circunstancias los distribuidores pueden mejorar sus resultados si alcanzan acuerdos con sus proveedores fabricantes consistentes en reducir la competencia en la etapa de la distribución minorista. Acaso lo más destacado de esta estrategia sea el hecho de que permite detectar con facilidad la ruptura de los acuerdos colusorios y, en consecuencia, la respuesta de los otros miembros del cártel.

²⁴ Otra posibilidad sería la celebración de contratos entre fabricantes y distribuidores en los que el fabricante mediante la inclusión de determinadas condiciones o restricciones (verticales) en la redacción de los mismos, pudiera incidir en un cambio sobre el desarrollo de las actividades de distribución.

b) Restricciones verticales dirigidas a cerrar mercados

Los acuerdos en exclusiva entre fabricantes y distribuidores minoristas que contribuyen a reducir el número de éstos en un determinado territorio suponen la erección de barreras de entrada que impiden el acceso al mercado de otros fabricantes. Si las economías de escala o de gama en el sector de la distribución minorista son significativas en el mercado relevante, la celebración de acuerdos en exclusiva con los distribuidores minoristas consolidados supone el establecimiento de una barrera de entrada para todos aquellos que quieran acceder al mercado en cuestión.

Sin embargo, también puede tener lugar el proceso contrario. La obtención de beneficios extraordinarios derivados de las estructuras verticales puede fomentar el acceso de nuevos operadores, cuya capacidad de competir puede traducirse en ganancias de eficiencia.

c) Restricciones verticales utilizadas para reducir la competencia entre fabricantes

Se trata de conductas que tienen lugar cuando el número de operadores económicos en el mercado relevante es reducido y los empresarios oligopolistas establecen restricciones dentro de las estructuras verticales que contribuyen aún más a reducir la competencia intermarcas. El ejemplo del Libro Verde es ilustrativo: si en un contexto de distribución exclusiva los fabricantes incrementan sus precios al por mayor con el objetivo de aumentar sus márgenes, y el comercio minorista se caracteriza por la ausencia de competencia y la presencia de barreras de entrada, la reacción de los minoristas se traducirá en un incremento de los precios aplicados a los consumidores finales. La asignación de territorios exclusivos, aplicada por diversos fabricantes, además de reducir la competencia intramarca contribuye a reducir la competencia intermarcas si los fabricantes no tienen incentivos para reducir los precios en relación con sus competidores.

4. HECHOS RELEVANTES

El trabajo de los economistas y las conductas planteadas ante las autoridades nacionales y comunitarias de defensa de la competencia han contribuido a plantear la necesidad de una reforma de la política aplicada a las restricciones verticales. De acuerdo con M.A. Peña Castellot (1998), los elementos de referencia de la reforma se han apoyado en las siguientes constataciones:

En primer lugar, la adopción y, en muchos casos, la aplicación de buena parte de la legislación referida a la libre circulación de bienes y servicios en el interior del mercado único.

En segundo lugar, la aceptación de la corriente moderna de la economía de los mercados que ha puesto el acento en el análisis conjunto de

las restricciones verticales y las estructuras de los mercados. Sólo la existencia de poder de mercado (del lado del fabricante o del distribuidor —mayorista o minorista—) o la existencia de una red de acuerdos que afecte a un número significativo de productos en el mercado relevante puede provocar restricciones significativas a la competencia. Este planteamiento ha desplazado el centro de interés desde la competencia intramarca a la competencia intermarcas²⁵.

En tercer lugar, el proceso de cambio registrado en los sistemas de distribución practicados por las empresas europeas. Tales cambios exigen la revisión de los históricos reglamentos de exención por categorías que al referirse exclusivamente a los acuerdos entre dos empresas, se alejan de sistemas de distribución reales pero más complejos²⁶ como los referidos a los bienes intermedios y a los servicios.

En cuarto lugar, de acuerdo con el análisis económico, el hecho de que los reglamentos de exención por categorías vigentes se basen, esencialmente, en la forma de los acuerdos y no en sus efectos sobre la competencia, plantea problemas fundamentales desde la perspectiva de la defensa de la competencia. En efecto, al amparo de la normativa actual ciertos acuerdos entre empresas con poder de mercado pueden ser tratados de la misma forma que otros acuerdos formalmente idénticos suscritos entre empresas sin poder de mercado. Lógicamente, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, tal simetría es de difícil justificación. Pero, por otra parte, con el sistema actual, se excluyen de la exención acuerdos entre empresas cuyo impacto sobre la competencia es nulo o sin importancia.

III. ALGUNAS REFERENCIAS DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En reiteradas ocasiones el Tribunal ha debido pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los efectos sobre la competencia de determinadas

²⁵ GINER PARREÑO (en prensa) recuerda que el análisis de los efectos de las restricciones verticales tiene puntos en común con el análisis de los efectos de las operaciones de concentración. Sobre la base de los análisis basados en la lógica de la *rule of reason* —tantas veces criticada— sostiene que dicho elemento de referencia contiene elementos que «resultan extraordinariamente reducidos con el propósito de favorecer la presencia en el mercado de los contratos de distribución restringida (*restricted distribution*). La simplificación del supuesto de hecho tradicional de la *rule of reason* se aprecia en las siguientes circunstancias: a) las restricciones verticales sólo pueden ser anticompetitivas si al menos el suministrador posee *market power*; b) las restricciones verticales pueden ser anticompetitivas si el *vertical restraints index* arroja una cifra de 1.200 —el método de cálculo de este índice es idéntico al conocido como HHI—; c) las restricciones verticales pueden ser anticompetitivas si el *coverage ratio* de las restricciones verticales supera el 60%, y d) para valorar los datos económicos recogidos en las anteriores letras no es preciso una compleja y detallada labor de delimitación del mercado relevante. Antes al contrario, basta con contemplar someramente el mercado —*quick look rule of reason*— para comprobar los hechos anteriormente mencionados».

²⁶ Como los que afectan a toda la cadena de valor: fabricante, distribuidor mayorista, distribuidor minorista.

conductas incluidas en el epígrafe genérico de restricciones verticales. Los elementos de referencia han sido la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la citada Ley, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia. En dicho Real Decreto, que sigue la legislación comunitaria, se establece la autorización de los siguientes acuerdos en los que participan únicamente dos empresas, que afecta exclusivamente al mercado nacional y que cumplen los requisitos establecidos en cada caso²⁷:

a) Acuerdos de distribución exclusiva, cuya referencia es el Reglamento CEE 1983/83.

b) Acuerdos de compra exclusiva, cuya referencia es el Reglamento CEE 1984/83.

c) Acuerdos de licencia de patentes y acuerdos mixtos de licencia, de patente y comunicación de *know how*, cuando cumplen las disposiciones contenidas en el Reglamento CEE 2349/84.

d) Acuerdos de distribución y de servicio de venta y de postventa de vehículos automóviles, cuando cumplen las disposiciones contenidas en el Reglamento CEE 123/85.

e) Acuerdos de franquicia, cuando cumplen las disposiciones contenidas en el Reglamento CEE 4087/88.

f) Acuerdos de licencia de *know how* y acuerdos mixtos de licencia de *know how* y licencia de patente no declarados exentos en la letra c), así como aquellos acuerdos de licencia de *know how* que contengan cláusulas accesorias sobre marcas comerciales y otros derechos de propiedad industrial siempre que el acuerdo cumpla las disposiciones establecidas en el reglamento CEE 556/89.

A continuación se comentan algunas Resoluciones e Informes de mercados emitidos por el Tribunal relacionados con conductas verticales restrictivas de la competencia.

1. ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN EXTENSIVA²⁸

En el presente apartado se comenta el Informe del TDC sobre el precio de los libros y la doble marginalización y tres casos de fijación vertical de precios que se refieren, además, a las ventas pasivas y las importaciones paralelas.

²⁷ Los Reglamentos 2349/84, 123/85 y 556/89 no están en vigor en el ámbito comunitario. La referencia a los Reglamentos CEE derogados plantea un problema resuelto en la Resolución del Tribunal del día 23 de mayo de 1996 (La Casera) en el sentido de conceder exenciones individuales de acuerdo con el nuevo reglamento.

²⁸ El Tribunal también ha examinado el sector de la comercialización minorista de productos farmacéuticos que supone otro ejemplo de fijación en origen de los precios al detall.

En el mes de septiembre de 1997 el Tribunal remitió al Gobierno un Informe sobre el precio fijo de los libros. En la síntesis del Informe el Tribunal sostuvo que «la fijación de precios de un bien o servicio, tanto si es de carácter horizontal, por acuerdo entre competidores, como si es de carácter vertical, por imposición o por simple recomendación de los fabricantes a los revendedores constituye una de las infracciones más graves de las normas de la competencia. Salvo en casos excepcionales el Tribunal ha señalado que la fijación vertical de precios supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. No obstante, esta Ley establece en su artículo 2 que sus criterios no serán de aplicación cuando la restricción vertical cuente con amparo legal como ocurre en el caso del libro. En ausencia de precio fijo, la competencia en precios entre los librereros se traduciría en una diversidad de precios, clara expresión de la competencia, que contribuiría a la racionalización del sector y favorecería a los consumidores».

La prohibición de aplicar descuentos sobre el precio fijo del libro, determinado por el editor, se ampara en la Ley 9/75, de 12 de mayo, de Régimen especial para la promoción, producción y distribución del libro, cuyo artículo 37 indica que «el precio de venta al por menor de libros al público se realizará al precio fijo que figurará impreso en cada ejemplar». El Real Decreto 484/90 que desarrolla la citada Ley indica en su artículo 1 que «el precio de venta al público al contado podrá oscilar entre el 95% y el 100% del precio fijo».

No deja de sorprender la relación causal establecida en su día por el legislador entre el mantenimiento del precio de reventa y la defensa de la cultura y la lectura. Máxime cuando, como ha señalado el Tribunal, «el mercado del libro constituye un caso específico de mercado que se comporta como un cártel». En cualquier caso, a los efectos del presente trabajo interesa subrayar que en la regulación del sector destacan dos conductas que constituyen ejemplos ya clásicos en el análisis de las restricciones verticales de la competencia.

En primer lugar, el mantenimiento del precio de reventa²⁹. La legislación española permite que en la relación vertical entre la empresa editora y las empresas distribuidoras minoristas de libros, la primera fije los precios de reventa y la segunda respete el precio fijado por las empresas editoras. Como señaló el Tribunal dicha conducta supone, en primer lugar, que todos los librereros venden los libros al mismo precio³⁰, y, en se-

²⁹ La interpretación tradicional de dicha conducta puede verse en YAMEY, 1966a y su aplicación al mercado de los libros en YAMEY, 1966b. En el primer trabajo escribió que «La fijación en origen de los precios al detall (f.o.p.a.d.) es una práctica restrictiva: limita o elimina la competencia de precios en los canales distributivos afectados. En una situación típica aumenta los precios al detall y restringe la elección de los consumidores y, al ampliar los márgenes brutos de los minoristas sin eliminar al mismo tiempo las demás formas de comportamiento competitivo, incorpora más trabajo y otros recursos a la distribución». Por su interés véase la correspondencia Marshall-MacMillan en *The Economic Journal*, 1985.

³⁰ Con un margen de diferencia máximo de 5 puntos porcentuales.

gundo lugar, que no puedan discriminar a sus clientes mediante la aplicación de descuentos a los precios fijados por el editor.

El asunto resulta más complejo si se considera que en el proceso participan los distribuidores mayoristas cuya actividad —en muchas ocasiones prescindible— va acompañada del correspondiente margen comercial. Este hecho conlleva los correspondientes efectos sobre los márgenes de los editores y/o de los distribuidores minoristas y de los lectores. En consecuencia, además de la fijación del precio de reventa por el editor tiene lugar la doble marginalización de los precios consistente, según el Tribunal, en que «cada una de las empresas, editorial y distribuidora mayorista, fija un precio ignorando la pérdida de beneficios que origina a la otra o el incremento de precios resultante», además de ignorar los correspondientes efectos sobre la demanda.

Por todo ello, el Tribunal recomendó al Gobierno ³¹:

«1. La supresión de la actual regulación que ampara la fijación en origen del precio de los libros y el paso a una situación de libertad de precios. Para ello, propone la modificación del artículo 33 de la Ley 9/75 y de los artículos uno a ocho del Real Decreto 484/90 en cuanto a la obligación del editor y del importador de libros a fijar un precio de venta al público en tapa para los libros y la restricción a la práctica de descuentos en el comercio al detall.

2. El proceso debería iniciarse mediante la sustitución de la regulación actual por un sistema de precios establecidos por el editor sobre los que se puedan practicar descuentos progresivamente crecientes por parte de los detallistas durante un período transitorio de tres años. Tras otro período caracterizado por la libertad de descuentos, debería procederse a la liberalización total, dejando que los mecanismos del mercado determinen los precios de venta al público de los libros. En todo caso, la aplicación de descuentos deberá respetar las prescripciones normativas en materia de venta a pérdida, así como cuanto está previsto en la Ley 16/89, de Defensa de la Competencia.»

A continuación se examinan tres casos de fijación vertical de precios. En el primero el fabricante determinaba tanto el precio correspondiente al mayorista como el precio de venta al público. En el segundo, entre otras cuestiones, se hacía referencia a la prohibición de ventas pasivas. El tercero se refiere a una conducta empresarial que combinaba la fijación vertical de los precios con la prohibición de las importaciones paralelas.

³¹ Recuérdese que en su Informe sobre las oficinas de farmacia, el Tribunal recomendó al Gobierno: «1. Suprimir cualquier prohibición establecida por los Colegios de Farmacéuticos o su Consejo de realizar descuentos por las Oficinas de Farmacia. Para ello es necesario modificar sus Estatutos Generales de Acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Medicamento y en el artículo 18 del Decreto 2695/77 que considera que los márgenes tienen el carácter de máximos. 2. Establecer la obligación de inscribir en los envases de los medicamentos cuyo precio haya sido regulado —y sólo en ellos— la mención “precio máximo de venta al público, impuestos incluidos”».

En el primer caso, como resultado de la denuncia de un Ayuntamiento contra determinados fabricantes de lencería y corsetería por presunta fijación de precios a los mayoristas, el Tribunal dictó la Resolución correspondiente al expediente 383/96 (Fabricantes de lencería) de 12.02.97.

Se probaron los siguientes hechos: en primer lugar, la adhesión por los fabricantes de etiquetas en las que constaba el precio de venta al público; en segundo lugar, la remisión de listas de precios a los clientes en las que se combinaba el precio de venta al comerciante con el precio de venta al público; y, por último, el envío de cartas en las que se especificaba la fecha de entrada en vigor de la tarifa.

Ante tales hechos el Tribunal afirmó que «La fijación de precios, tanto horizontal —por acuerdo entre competidores— como vertical —por imposición o por simple recomendación de los fabricantes a los revendedores— constituye una de las infracciones más graves de las normas de la competencia. Cualquiera que sea el sistema por el que se impida, o al menos se dificulte, que las ofertas a los consumidores puedan consistir en los mismos productos con precios diferentes porque algunos comerciantes se conformen con ganancias más reducidas, es contrario a la libre competencia no sólo porque la altera, sino que impide que los consumidores puedan disponer de productos a precios más bajos».

Sostuvo el Tribunal que debe continuarse con la tesis de que la determinación, por cualquier medio, de los precios de venta al público por los fabricantes supone uno de los medios más frecuentes de fijar verticalmente los precios y, por tanto, una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Admitió el Tribunal la posibilidad de autorizaciones en casos distintos al examinado y en función del impacto de la conducta sobre la competencia. Pero ninguna de las hipotéticas razones que pudieran conducir a la autorización por el Tribunal concurrían en el caso analizado. Y el Tribunal fue contundente al afirmar que la uniformidad de los precios de venta «produce efectos anticompetitivos y la única ventaja que se obtiene radica en que los comerciantes se evitan calcular sus cuantiosos márgenes en estos productos (que llegan al cien por cien) y además constituye una barrera para la generalización de los descuentos, circunstancias todas ellas que, lejos de suponer un contrapeso para los efectos anticompetitivos del precio único de reventa, aumentan tales efectos.

La unificación de los precios de reventa, fuera de algunas circunstancias excepcionales que no se presentan en este caso, supone una disfunción económica, ya que, como quiera que los comerciantes tienen costes fijos diferentes, el supuesto de unos costes más reducidos, en lugar de beneficiar a los consumidores con precios más bajos, repercute en el mejor resultado de la cuenta de beneficios, lo cual significa un objetivo que no resulta digno de protección. Por otra parte la ausencia de la batalla de precios tampoco incentiva una reducción de costes que redundaría en la eficiencia de las empresas.»

En el segundo caso, mediante la Resolución de 31.01.91 (expediente 18/90) el Tribunal resolvió una solicitud de autorización singular para un contrato tipo de distribución exclusiva de muebles de alta calidad y diseño.

El Tribunal empezó su análisis examinando la importancia de la solicitante en el mercado pertinente que podía calificarse de reducido en un contexto caracterizado por una elevada competitividad.

Entre las restricciones para la competencia que contenía el contrato, había dos que eran particularmente relevantes a los efectos de su autorización por el Tribunal: en primer lugar, la combinación de la exclusividad territorial del distribuidor con la prohibición impuesta de vender a revendedores dentro de su propia zona; y, en segundo lugar, la fijación por el fabricante de los precios máximo y mínimo de venta al público. Decía el Tribunal que «es cierto que el contrato no impide a los distribuidores comercializar otras marcas de la competencia; pero existe una cláusula de vinculación para las ofertas mixtas —las que comprenden conjuntamente productos (del fabricante) y de otros fabricantes— que por su ambigua redacción pueden servir de base para nuevas restricciones que afecten a los fabricantes competidores. En todo caso, los revendedores quedan excluidos y los consumidores ven limitadas sus posibilidades de elección de vendedor y de discusión sobre el precio como consecuencia de las exclusivas antes reseñadas». Por otro lado, el acuerdo propuesto por el fabricante serviría de pilar para la creación de una red de distribuidores que cubriese todo el territorio nacional. El plazo del pacto tenía un límite temporal de 3 años con prórroga indefinida por la tácita reconducción, comprendiendo cada prórroga un año más.

El TDC consideró que el contrato no era intrascendente o de escasa importancia —como alegaban los solicitantes— desde la perspectiva de la competencia, «autorizable tal cual justamente por esta única razón. Lo que no excluye que, corregidos sus aspectos más atentatorios a la competencia, el contrato pueda merecer una consideración positiva». A pesar de ello, una vez modificado, resultaba autorizable al amparo del artículo 3.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Sostuvo el Tribunal que la competencia entre marcas en el mercado considerado era aceptable. El contrato no impedía a los distribuidores vender simultáneamente los mismos productos de otras marcas sin ninguna limitación o condición. La restricción impuesta a los distribuidores de no realizar ventas activas fuera de su territorio estaba justificada porque al mantener una competencia intramarca, permitía las ventas pasivas. De otra manera, el distribuidor que asume las obligaciones que le impone el contrato, especialmente las de publicidad y atención postventa al cliente, no podría soportarlo.

La prohibición de vender a revendedores también contaba con la adecuada justificación por tratarse de un producto de alta calidad o, al menos,

de alto precio, amparado por una marca conocida en el mercado y que no es de consumo masivo ni de adquisición diaria. La fijación del precio de venta por el distribuidor había desaparecido en la nueva versión.

El contrato imponía al distribuidor otras obligaciones como la promoción de ventas y el mantenimiento de una exposición permanente de los productos, la especialización del personal y la asunción del servicio postventa. Todas estas obligaciones complementarias se consideraron necesarias para el equilibrio de las prestaciones propias de un contrato sinalagmático.

El Tribunal estimó que resultaban «cumplidos los requisitos negativos que establecen las letras *b)* y *c)* del artículo 3.1. de la Ley 16/1989. También encuentran satisfacción las exigencias positivas: mejora de la distribución y beneficio para los consumidores». En consecuencia, consideró que el contrato podía ser autorizado por cinco años. El Tribunal, de acuerdo con sus argumentos sugirió la redacción de determinadas condiciones, a saber:

En primer lugar, «el distribuidor podrá aceptar y atender pedidos fuera del territorio contractual, siendo de cuenta del usuario final los correspondientes gastos de transporte. Sin perjuicio de lo anterior, el distribuidor no podrá realizar actividades de promoción o de cualquier otro tipo que tengan como objetivo promover y efectuar ventas de los productos contractuales fuera del territorio contractual».

En segundo lugar, «en caso de operaciones de especial importancia, el fabricante, tras una negociación a tres bandas entre el usuario final, el distribuidor y el fabricante, podrá mejorar el margen comercial del distribuidor para que éste pueda ofrecer al usuario final unas condiciones más favorables» (en la venta de los productos del fabricante).

En tercer lugar, «el Distribuidor no está autorizado a vender a Revendedores, cualquiera que fuera su condición (arquitectos, decoradores, minoristas con o sin tienda, consultorías, constructoras, *general contractors*, etc.). Caso de ofertar y vender un distribuidor a un usuario recomendado por un intermediario (entendiéndose este término en el sentido expresado en la anterior enumeración) o por un prescriptor, la comisión a abonarles no deberá exceder en ningún caso del ...».

En cuarto lugar, el fabricante «facilita al Distribuidor dos “Listas de Precios para Distribuidores” en las que figuran con carácter orientativo los precios de venta al público de los productos contractuales».

Por último, el fabricante «concede al Distribuidor descuentos en concepto de margen de compra sobre los precios de venta al público vigentes en cada momento. Estas condiciones seguirán siendo válidas si no son revocadas o modificadas 90 días antes del final de cada año. Podrán acordarse condiciones especiales para determinadas operaciones de excepción».

En el tercer caso, en la tramitación del expediente de autorización singular A 118/95, del día 26 de diciembre de 1995 (Zapatos Sebago), para un contrato de distribución exclusiva de calzado de lujo mediante venta, el Tribunal de Defensa de la Competencia requirió a la solicitante que presentase un nuevo modelo de contrato en el que se eliminaran las posiciones relativas a la fijación vertical de precios y a la prohibición de importaciones paralelas. Y ello, porque el acuerdo notificado inicialmente no podía beneficiarse de la exención por categorías prevista en el Reglamento (CEE) 1983/83 al no existir fuentes alternativas de suministro, al impedirse las importaciones paralelas, y al restringir la libertad de fijación de precios. Además, el contrato, en los términos en que se había notificado, no podía beneficiarse de una autorización individual, por no existir compensaciones bastantes en términos de eficiencia y de beneficios para los consumidores, que contrarrestasen las eventuales restricciones de la competencia derivadas de la aplicación del contrato.

Modificado el contrato en el sentido de admitir la flexibilidad de precios y no impedir las importaciones paralelas de los zapatos Sebago en el territorio de referencia se concedió la correspondiente autorización singular.

2. CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA

En este apartado se hace referencia a determinados contratos de distribución exclusiva relacionados con el mercado de las máquinas fotocopadoras y los productos cosméticos.

El Servicio de Defensa de la Competencia ordenó, de oficio, la incoación de un expediente sancionador por presuntos acuerdos restrictivos de la competencia (artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia) contenidos en determinados contratos de distribución de máquinas fotocopadoras.

En la Resolución del día 25 de octubre de 1996 (Expediente 55/94, Máquinas fotocopadoras) el Tribunal, tras analizar el contenido de un conjunto de contratos suscrito entre diversas empresas operadoras en el sector y el mercado de máquinas fotocopadoras declaró probados diversos acuerdos entre los que destacan los siguientes. En primer lugar, en relación con un contrato de distribución no exclusiva, la exigencia de compras mínimas y el compromiso de no vender productos de los competidores. En segundo lugar, en relación con tres contratos de distribución exclusiva destacan las cláusulas relacionadas con la prohibición de compra de productos iguales o similares a personas distintas del fabricante, la prohibición de ventas pasivas, la exigencia de adquisición exclusiva al fabricante de los accesorios y consumibles así como de no vender otros accesorios y consumibles, el respeto de los precios y plazos de los listados del proveedor, la prestación por el proveedor de los servicios de asisten-

cia técnica y mantenimiento, la obligación de suministrar información relacionada con los clientes, y comprometerse «a prestar la asistencia técnica a los productos mediante la firma de su contrato de mantenimiento, que otorga adicionalmente al cliente final del concesionario una garantía de satisfacción total por un plazo de tres años en los productos en que esté vigente este sistema, facultando al cliente para solicitar la sustitución del producto por uno de iguales o similares características, si dicho producto y, al solo juicio del cliente, no cumple sus expectativas».

Como elemento de referencia general el Tribunal sostuvo que no había sido demostrado que las distintas cláusulas restrictivas de la competencia incluidas en los oportunos acuerdos verticales tenían conexión entre sí, no detectándose, por tanto, la existencia de acuerdos horizontales. En consecuencia, examinó los distintos acuerdos como acuerdos verticales.

El Tribunal sostuvo que la prohibición de que el distribuidor vendiera otros productos distintos de los suministrados por el proveedor tiene el mismo significado que el de una exclusiva de compra a favor del proveedor y si, interpretando la cláusula en sentido literal, se entendiera que queda abierta la posibilidad de que el distribuidor obtenga los productos, tanto del proveedor como de proveedores distintos, ésta sería una limitación de la libertad empresarial del distribuidor de la misma naturaleza, pero de menor intensidad, que la prevista y autorizada por el Reglamento CEE 1984/83. «Y como en su artículo 2.3.a) considera este Reglamento que la cláusula de comprar cantidades mínimas de los productos objeto del contrato queda incluida en la excepción, procede declarar que el contrato en cuestión está cubierto por el citado Reglamento y no precisa de autorización individual alguna.»

En relación con las recomendaciones de precios de reventa, cuyo objetivo es la limitación de la competencia entre revendedores, entendió el Tribunal que dicha conducta reviste la máxima gravedad, dado que el precio es «el primer elemento de la oferta en que se manifiesta la competencia y el más perceptible por el comprador».

Respecto de la prohibición de las ventas pasivas, el Tribunal manifestó que refuerzan la exclusiva de cada distribuidor y el correspondiente reparto de mercado.

Por último, el Tribunal afirmó que la prohibición de vender consumibles distintos de los del proveedor limita la libertad del distribuidor.

En síntesis, el Tribunal sostuvo que «la fijación de precios y la prohibición de ventas pasivas, que impiden la competencia entre distribuidores, afectan también a los compradores, que no se benefician de los precios más bajos que resultarían de la competencia intramarca; y la prohibición de vender otros consumibles afecta a los distribuidores, quienes podrían vender, más provechosamente para ellos, los de otros fabricantes; a los consumidores, que no pueden elegir otros distintos, y a los demás fabricantes que quedan excluidos del canal de distribución...».

Con referencia a la obligación contractual impuesta por el proveedor al concesionario de gestionar de sus compradores la firma de un contrato de asistencia técnica, así como la subordinación de la venta a la aceptación simultánea por parte del comprador de un contrato de asistencia técnica con el proveedor consideró el Tribunal que están incursas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. También sostuvo el Tribunal que el vendedor no puede añadir indisolublemente a la prestación principal, objeto del contrato, otras prestaciones no necesarias no requeridas por el distribuidor (el cual se ve obligado a aceptarlas si quiere ejercer la prestación principal). Y ello con independencia de la posición de dominio del vendedor.

Afirmó, además, el Tribunal que «el artículo 1.1.e) debe interpretarse en el sentido de que las prestaciones suplementarias que pueden unirse al objeto del contrato de compraventa de la máquina serán todas aquellas necesarias o convenientes, atendiendo a su naturaleza y a los usos de comercio, para que se alcance la finalidad que persigue el contrato, esto es, transmitir al adquirente la propiedad de una máquina en condiciones adecuadas de funcionamiento; a partir de este momento el adquirente ha de tener libertad de contratar o no, y con quien quiera, el aseguramiento para el futuro de las eventuales incidencias que puedan afectar al funcionamiento posterior de la máquina, acudiendo para ello al mercado de los servicios de reparación. Lo que normalmente no hará el distribuidor porque adquiere la máquina sólo para revenderla. También los consumibles que la fotocopiadora precisa para su funcionamiento guardan relación con la máquina; pero lo mismo que no sería admisible que la compra de la fotocopiadora se subordinase a la aceptación de un contrato de suministro exclusivo por el vendedor de estos productos, de los que existe un mercado en el que se ofrecen productos similares equivalentes, tampoco lo es que se subordine a un contrato de mantenimiento».

En la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que recayó en el expediente 363/95 de 31 de julio de 1996 (Cosméticos Farmacia), éste consideró como hechos probados, entre otros, los siguientes: en primer lugar, los señalamientos de precios de venta al público de los cosméticos que algunos laboratorios entregaban a los distribuidores para su reventa; y, en segundo lugar, la distribución de productos cosméticos exclusivamente a través del circuito farmacéutico, imponiendo los laboratorios a los distribuidores la obligación de no vender —salvo al consumidor final— a quienes no fueran farmacéuticos con farmacia, y comprometiéndose ellos mismos a no vender a quienes no acepten dicha obligación.

En su análisis el Tribunal examinó tales conductas desde la perspectiva de la especificidad del sector de distribución de productos farmacéuticos. En dicho sector, generalmente, no tiene lugar la competencia intramarca, dado que la competencia en precios está prohibida «bien directamente —descuentos, publicidad— bien por aplicación del principio de solidaridad y dignidad profesionales que imperan en este gremio».

Los comerciantes farmacéuticos y los empresarios del sector ensayaron la extensión del comportamiento no competitivo del negocio farmacéutico a otras mercaderías distintas de los medicamentos, como los cosméticos. Indica la Resolución que los farmacéuticos tienen «un interés específico en que el fabricante señale el precio de venta al público para evitar que, en su defecto, se pueda desatar entre ellos una competencia no deseada. El interés de la otra parte en el mantenimiento del precio fijado garantiza al fabricante que los vendedores lo observarán con carácter general, sin necesidad de ulteriores inquisiciones o apremios».

En definitiva, el precio recomendado opera como un precio fijo, que, al ser seguido por todos los farmacéuticos les permite aplicar los mismos márgenes, coadyuvando de este modo al funcionamiento no competitivo del mercado. Se trata de una conducta prohibida por los artículos 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia y 85.1.a) del Tratado de la Unión Europea en el supuesto de que la práctica afectara al comercio intracomunitario, lo que no se daba en este caso, salvo para una empresa.

El Tribunal (1995) se pronunció sobre las restricciones a la competencia en el sector farmacéutico y propuso, en consecuencia, modificaciones normativas dirigidas a iniciar el proceso de apertura a la competencia del sector. El Tribunal, en coherencia con lo dicho en el apartado anterior, en su Informe, y en anteriores Resoluciones, sostuvo que la fijación de precios es la conducta posiblemente más grave de las infracciones contenidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia porque el precio es el elemento «en que primero y más visiblemente se establece la competencia entre los operadores del mercado». Y en relación con la mencionada especificidad del sector en que tiene lugar la conducta concluyó que «la práctica viene a reforzar la falta de competencia de que adolece en general el circuito farmacéutico, impidiendo que ésta se inicie en productos que no son medicamentos, privando de este modo a los consumidores de la posibilidad de pagar los menores precios a que, si hubiera competencia, permitiría llegar el amplio margen con que los cosméticos se venden; es una práctica que se ha extendido en el tiempo, al menos hasta el momento en que se formaliza el pliego de concreción de hechos; y no es de apreciar la reiteración porque estas empresas no habían sido condenadas por esta práctica con anterioridad».

En relación con la distribución exclusiva de los productos cosméticos en oficinas de farmacia, el Tribunal aceptó la interpretación del Tribunal de Justicia y de la Comisión Europea que considera dicha conducta incurso en el artículo 85.1 y que no puede ser objeto de autorización de acuerdo con el artículo 85.3. En síntesis, en opinión del Tribunal, la citada exclusiva está prohibida y no es susceptible de autorización. Y el Tribunal quiso dejar clara la cuestión advirtiendo «que no se está prohibiendo a [...] la utilización del canal farmacéutico para sus cosméticos, ni tampoco se le está imponiendo que realice una política de ventas activas fuera de este canal; lo que se le prohíbe es cerrarlo por medio de acuer-

dos que impiden al distribuidor salirse de él y [...] vender a personas ajenas, asegurando de este modo la estanqueidad del circuito que beneficia a fabricantes y farmacéuticos y perjudica a los demás: vendedores y clientes. Lo que se hace con estos pactos es extender el monopolio de los medicamentos, que la Ley concede a las farmacias, a productos distintos, obteniéndose con ello unos beneficios monopolísticos que carecen de justificación. En suma, lo que no permite la Ley es la creación de un monopolio por convenio entre los interesados en explotarlo». En consecuencia, el Tribunal ordenó la eliminación de la expresión «sólo en farmacias» de la publicidad de los productos cosméticos.

3. COMPRA EXCLUSIVA

En el expediente 19/90, de 12 de julio de 1991, el Tribunal resolvió una solicitud de autorización singular de un contrato tipo de compra exclusiva y de un contrato tipo de distribuidor autorizado, que fueron examinados de forma separada.

En relación con el contrato de compra exclusiva el Tribunal valoró, desde la perspectiva de la competencia, los inconvenientes (relacionados con la capacidad de elección del distribuidor y las posibilidades de competencia de los proveedores) y las ventajas (mejoras de la comercialización) derivados de la aplicación del contrato.

Después de referirse a la legislación comunitaria, el Tribunal analizó la posible incidencia sobre el mercado del producto sometido a compra exclusiva, concluyendo que, por muy intenso que fuera el desarrollo de la empresa solicitante, no se plantearían problemas de saturación del mercado que se tradujeran en barreras de entrada difícilmente accesibles a otros competidores. Tampoco la dimensión temporal de los contratos (un año, prorrogable hasta cinco años) planteaba problemas en relación con la competencia.

Una vez fue constatado que los efectos del contrato en cuestión no afectarían al comercio intracomunitario, el Tribunal concluyó que dos cláusulas del mismo suponían restricciones a la competencia que iban más allá de las consideradas admisibles por el Reglamento 1984/83. En primer lugar, la que establecía que «el distribuidor se compromete a utilizar exclusivamente las piezas de repuesto y materiales consumibles necesarios para el mantenimiento, reparación y buen funcionamiento de dichos productos, importados a tal efecto por [...]». En segundo lugar, el Tribunal consideró que el supuesto que señalaba como circunstancia de no aplicación de la exención general que el compromiso de compra exclusiva se refiera a varios productos no vinculados entre sí, pretendía excluir la posibilidad de que una exención pueda cubrir de forma genérica tales productos. Y como señala la Resolución, el alcance de la vinculación puede plantear cuestiones de interés: «Por una parte, no debe entenderse de una forma tan estrecha que la vacíe prácticamente de contenido,

pero, por otra, una interpretación demasiado amplia del término vinculación, no sólo respecto a las partes y piezas, sino respecto a los materiales utilizados en relación con el funcionamiento del producto principal, podría plantear dificultades indeseables en materias tales como la necesaria libertad de acción de los distribuidores y el desarrollo del mercado de piezas y materiales, suministrados tanto por fabricantes que lo sean también del producto principal como por fabricantes independientes.

Por ello, sin prescindir de los criterios generales, han de tenerse muy en cuenta las características específicas de los productos de que se trate y de las circunstancias y situación concreta de los mercados de tales productos».

Por otra parte, el Tribunal consideró que el prestigio de la marca y la atención al cliente pueden garantizarse sin necesidad de limitar el empleo de productos de otras marcas. Y resulta oportuno considerar separadamente las piezas de repuesto y los materiales consumibles. Para los primeros se consideró aceptable el uso exclusivo por los distribuidores de piezas de repuesto de la marca en cuestión. Y ello teniendo en cuenta el contenido de los Reglamentos 1984/83, 1983/83 y 407/55 y que la empresa solicitante estaba lejos de detentar una posición de dominio en los mercados pertinentes. Y sin que ello suponga que los clientes no puedan utilizar piezas de repuesto de otras marcas y que los distribuidores de [...] puedan suministrar los de su proveedor principal a quienes los demanden, aunque no sean usuarios finales, «con lo cual se coadyuva a no limitar las posibilidades de desarrollo del mercado de piezas y mantenimiento y el uso alternativo de los correspondientes a marcas diferentes».

No parecía admisible al Tribunal aceptar la propuesta de la solicitante en relación con la obligación de compra exclusiva de piezas de repuesto y consumibles. Y ello en consideración a la extensión y desarrollo del mercado y a la competencia entre fabricantes, que se vería reducida por la distribución exclusiva de los de la marca principal por sus distribuidores.

Tras las objeciones del Tribunal, la solicitante introdujo modificaciones en sus pretensiones, a saber: la exclusividad en relación con las piezas y los consumibles se limitaba al período de garantía, pudiendo emplearse fuera de dicho período los de otras marcas con la única condición de que su calidad fuera idéntica. Y ello con dos particularidades adicionales. La primera, que el consumidor debería ser informado por el distribuidor del posible empleo de repuestos y consumibles de otras marcas. Y la segunda, que la responsabilidad por los posibles daños y desperfectos que ocasionare el empleo de otras marcas distintas debería ser asumido por el distribuidor. Aceptó el Tribunal el carácter de meramente recomendados de los precios de la lista oficial sobre los que se establecen los márgenes comerciales, pudiendo el distribuidor fijar libremente sus precios de reventa.

En síntesis, el Tribunal otorgó la oportuna autorización, por las siguientes razones. En primer lugar, el acuerdo de compra exclusiva contribuye a mejorar las condiciones de distribución en beneficio de los pro-

veedores y los consumidores. En segundo lugar, en relación con los proveedores, el contrato facilita la consolidación de una red adecuada de distribuidores con la oportuna garantía postventa, reduciendo la necesidad de recursos para la creación de una red propia. También contribuye a la reducción de los costes de distribución y a la prestación de la asistencia técnica al distribuidor. Y asegura a los clientes la regularidad del suministro y una atención postventa desde el punto de vista técnico, de forma que éstos se benefician de los resultados del acuerdo.

Y en cuanto a la competencia, «la situación del mercado en que va a operar el contrato permite esperar que contribuya al aumento de la competencia intermarcas, al apoyar la penetración de la marca del proveedor, a partir de unas cuotas de mercado reducidas, en un mercado competitivo, en el que operan un significativo número de otras marcas».

El Tribunal empezó su análisis del contrato tipo de distribución selectiva considerando la situación del mercado, alegando que se trataba de un mercado en el que la competencia era fuerte, y que la cuota correspondiente al solicitante era reducida (menos del 5%). En consecuencia, el establecimiento de una red difícilmente afectaría de forma sensible al comercio entre los Estados Miembros.

En relación con el mercado nacional, el Tribunal consideró que las condiciones impuestas en relación con los trabajadores a contratar por el distribuidor y con el esfuerzo de ventas del mismo podría traducirse en una desincentivación del distribuidor en relación con la venta de productos competidores. Sin embargo, por razones similares a las expuestas en el análisis del contrato de compra exclusiva, el Tribunal estimó que era merecedor de la correspondiente autorización por una duración de cinco años.

4. FRANQUICIAS

La Resolución de 23 de mayo de 1996 (Expediente A 177/96, La Casera) trae causa de una solicitud de autorización singular para dos contratos: uno de franquicia industrial y distribución exclusiva, y otro de distribución exclusiva. Todo ello en aplicación del artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia y, en su caso, del artículo 1 del Real Decreto 157/1992, y de los Reglamentos 240/96 y 1983/83.

El Tribunal consideró que aunque el citado Reglamento 240/96 no estaba incluido entre los enumerados en el artículo 1.1 del Real Decreto 157/1992, el contrato tipo de franquicia sometido a la consideración del Tribunal cumplía todos los requisitos del Reglamento CEE 240/96. En primer lugar, no se trataba de un acuerdo celebrado exclusivamente con fines de venta; en segundo lugar, la obligación de confidencialidad exigida al licenciario no es restrictiva de la competencia; en tercer lugar, la imposición al distribuidor de comunicar al franquiciador los datos de las ventas pasivas no contraviene lo previsto en el artículo 3.3.a) del Regla-

mento; y, por último, la comunicación anticipada por parte del licenciante al licenciataro de las modificaciones de los precios recomendados aplicables por el distribuidor al detallista, consecuencia de una modificación de los precios aplicados por la concedente al distribuidor, permite a éste tomar decisiones permitiendo una mayor transparencia del mercado.

El Tribunal, no obstante, se pronunció sobre los contratos que cumplían las condiciones previstas en los reglamentos de exención por categorías comunitarios que sustituían a los incluidos en el articulado del Real Decreto aprobado. La razón era la posibilidad de beneficiarse de la exención por categorías garantizada por los reglamentos anteriormente vigentes.

El Tribunal sostuvo que «Como los reglamentos comunitarios han de tener, necesariamente, una validez temporal limitada, a la hora de establecer que los contratos lícitos en Europa con arreglo a la normativa comunitaria de competencia fueran declarados lícitos también en España con arreglo a la normativa nacional debía utilizarse la técnica de la remisión a la normativa comunitaria vigente en cada momento sobre cada materia concreta en lugar de proceder a una recepción de normas temporales. Esta era una circunstancia sobradamente conocida en el momento de la aprobación por el Gobierno del Real Decreto. Sin embargo, no se decidió proceder a una remisión a las exenciones por categorías comunitarias, sino a la recepción de los Reglamentos concretos vigentes en el momento de la aprobación del Real Decreto y tampoco se dictó ninguna previsión para el régimen aplicable a partir del momento en que los reglamentos comunitarios perdieran su vigencia por el mero paso del tiempo o por su modificación por las instituciones comunitarias».

Se analizó si alguna de las exenciones por categorías previstas en el artículo 1.4 del Real Decreto 157/1992 era de aplicación a los contratos de transferencia de tecnología y de franquicia industrial y distribución exclusiva en los que se daban las siguientes circunstancias: *a)* que en el contrato participaran únicamente dos empresas; *b)* que el contrato afectase solamente al mercado nacional; y *c)* que el contrato cumpliera las disposiciones establecidas en el Reglamento CEE 240/96 de la Comisión, de 1 de enero de 1996.

Se recordó a la interesada que la obligación de notificar las ventas pasivas por los distribuidores a la concedente no puede ser utilizada para obstaculizarlas o impedir las. También se recordó que era admisible la comunicación por la concedente al distribuidor de los precios recomendados aplicables por los minoristas, pero no lo era la posibilidad de que la concedente concertara la política comercial practicada por los distribuidores.

Y concluía la Resolución señalando que «Las consecuencias negativas que se derivan de la situación planteada por la pérdida de vigencia de los reglamentos comunitarios de exención por categorías objeto de recepción nacional en el Real Decreto deben ser urgentemente corregidas mediante la aprobación por el Gobierno de un Real Decreto que modifi-

que lo establecido por el Real Decreto 157/1992, pero, en tanto no se produce la modificación normativa necesaria, el Tribunal debe proceder a autorizar los contratos afectados por esta circunstancia y a anunciar que, para dicha autorización, normalmente aplicará los criterios contenidos en los reglamentos comunitarios vigentes y no impondrá multas a los operadores que suscriban acuerdos sin dimensión comunitaria que cumplan el resto de los requisitos contenidos en los Reglamentos que sustituyan a los enumerados en el artículo 1 del Real Decreto 157/1992».

Mediante la Resolución de 17 de abril de 1996 (expediente A 145/95, Franquicia Dado) el TDC autorizó un contrato tipo de franquicia por el que el franquiciador cedía al franquiciado el conocimiento y la utilización de un sistema de paneles eléctricos programables emisores de información y publicidad mediante imágenes y textos.

El contrato tipo se separaba de lo establecido en el Reglamento 4087/1998, lo que dio lugar a la solicitud citada. En el proceso de discusión con la solicitante el Tribunal consideró que la posibilidad que se brindaba al franquiciado de abastecerse de terceras personas distintas al franquiciador resultaba desvirtuada si el franquiciador fijaba los precios y las condiciones. Tal restricción de la competencia no era admisible por no ser imprescindible para alcanzar los objetivos que pretendía la franquicia. La cláusula correspondiente fue suprimida y, en consecuencia, el contrato fue autorizado.

En el expediente A 128/95 (Franquicia Pascal), de 9 de junio de 1995, el Tribunal puso en conocimiento de la solicitante de la autorización la pertinencia de modificar su propuesta inicial en relación con las siguientes cuestiones: en primer lugar, el pacto de no competencia, una vez finalizado el contrato, debía limitarse al territorio objeto de franquicia; en segundo lugar, el franquiciado puede utilizar el *know-how* si ha dejado de ser secreto por causas ajenas al mismo; en tercer lugar, el franquiciado puede proveerse de productos procedentes de la red de franquiciados o de redes alternativas que suministren los mismos productos objeto de la franquicia; y, por último, el franquiciador podrá recomendar, pero no imponer, los precios de venta al público.

5. LOS ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN SELECTIVA POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA TRAS LA PUBLICACIÓN DEL LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN

Al igual que ha ocurrido en otros países, el TDC ha modificado sus interpretaciones tradicionales cuando ha analizado las relaciones entre los sistemas de distribución selectiva y la competencia. El elemento más significativo de dicho cambio ha sido la progresiva adaptación a los criterios del análisis teórico de los mercados —viva expresión de los cambios en los sistemas de distribución— por las autoridades comunitarias.

En la Resolución del Tribunal fechada el día 13 de mayo de 1998 (expediente 379/96, Relojes joya) se hace un breve repaso de la trayectoria seguida por el Tribunal en esta cuestión, que se resume en sus líneas principales en este apartado.

En la Resolución del día 30 de marzo de 1974 (expediente 104/73, asunto Rochas) el Tribunal admitió que la limitación del número de puntos de venta es un derecho de los titulares de la marca registrada para cuidar la imagen del producto. También consideró justificada la obligación de no revender (en España o en el extranjero) porque sin la misma quedaría inoperante el derecho a seleccionar puntos de venta.

Posteriormente, un conjunto de Resoluciones consideraron que los sistemas de distribución selectiva eran contrarios al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia³², pero podrían ser autorizables si los efectos positivos sobre el mercado compensaban suficientemente los efectos negativos. En efecto, un grupo de Resoluciones³³ consideraron que los contratos de distribución selectiva constituían una conducta colusoria que restringe la competencia. Sin embargo, si el bien objeto de contrato reúne determinadas características singulares (marca, calidad, lujo, por ejemplo) y cuando el necesario análisis del mercado pertinente ponga de manifiesto que la competencia (intermarcas e intramarca) es suficiente, compensando los efectos positivos a los negativos, la autorización puede concederse, aunque, en algunos casos, con las oportunas modificaciones en las cláusulas de los contratos.

La publicación del Libro Verde —como no podía ser de otra manera— fue motivo de análisis y reflexión, reflejados en posteriores Resoluciones del Tribunal. El punto de inflexión se encuentra en la Resolución de 14 de octubre de 1997 (expediente 380/96, Perfumería). En la misma no se afirma genéricamente que los contratos de distribución selectiva constituyen acuerdos anticompetitivos. Analizadas las distintas cláusulas se concluye que los sistemas de distribución selectiva no constituyen una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia «si cumplen los principios de necesidad (los criterios para proceder a la selección de los distribuidores han de ser de tipo cualitativo), proporcionalidad (las exigencias deben guardar una adecuada proporción con el objetivo perseguido) y no discriminación en la relación de revendedores (los criterios deben aplicarse sin discriminaciones entre los revendedores), y si no se incluyen otras restricciones a la competencia».

Sin embargo, las cláusulas no contenidas en los principios citados deben ser objeto de análisis por si son contrarias al artículo 1 LDC y, en su caso, objeto de autorización. Tales cláusulas se refieren normalmente al

³² O, en su caso, el artículo 1 de la anterior Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia.

³³ Ver el detalle en la Resolución del día 13 de mayo de 1998.

volumen de compras mínimas, a la participación en determinados gastos o al suministro de determinada información.

La citada Resolución de 13 de mayo de 1998 se apoya en los nuevos criterios, más adaptados a las características actuales del sector de la distribución que ha registrado modificaciones significativas en los últimos años. En la misma se afirma rotundamente que el análisis del caso debe iniciarse con el estudio del mercado pertinente, en perfecta armonía con la idea de que los efectos de los acuerdos de distribución selectiva no son independientes de la estructura del mercado. Y, posteriormente, debe analizarse el propio sistema de distribución selectiva. En otras palabras, es necesario proceder, desde el principio, a la necesaria articulación entre el análisis económico y jurídico. Y se dice en la Resolución que «Para calibrar la importancia de una conducta colusoria o bien para conceder una autorización singular hay que tener en cuenta la cuota que a los intervinientes corresponde en un mercado determinado, ya que para realizar el correspondiente juicio concurrencial resulta necesario conocer cuál es el poder de mercado de la empresa que ha introducido o pretende introducir determinadas restricciones verticales, pues los efectos anticompetitivos serán diferentes según cuál sea el poder de mercado. También hay que analizar cuáles son las características de ese mercado».

Debe destacarse que en el contrato tipo se hacía referencia a la obligación del distribuidor de no realizar ventas activas de un artículo durante un año. Analizada la cláusula desde la óptica del Derecho español el Tribunal concluyó que dicha limitación temporal en relación con un producto nuevo no restringe innecesariamente la competencia.

En relación con los precios de mantenimiento sugeridos el Tribunal procedió, en primer lugar, a su análisis desde la perspectiva de la competencia; es decir, analizó la eventual existencia de posición de dominio por parte del fabricante. Al tratarse de productos cuya competencia entre ellos es muy reducida y que, en realidad, se traducen en precios máximos si son conocidos por el consumidor y susceptibles de reducción por la presión del cliente, el Tribunal consideró que no imponían restricciones necesarias a la competencia.

En síntesis, en relación con el servicio de asistencia técnica de uno de los casos examinados, el Tribunal concluyó que no existía infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia dado que «No se impide la existencia de talleres independientes, a los que se les puede vender las piezas de repuesto, los efectos de la utilización de los talleres oficiales solamente se extienden al período de garantía, el número de talleres es adecuado y la presencia de unos precios sugeridos tiene efectos positivos por cuanto que puede facilitar determinada información al usuario, y la cuota de mercado de [...] es muy reducida. Con tales características, se puede afirmar que el acuerdo para el que se solicita autorización, no la precisa».

IV. CONCLUSIONES

La progresiva complejidad de los procesos de producción y distribución ha alterado la tradicional articulación entre los intereses de los fabricantes y los distribuidores. El fabricante no asiste pasivamente a cuanto ocurre en el proceso de distribución y el distribuidor refuerza sus estructuras para disponer de un mayor poder de negociación con el fabricante. Todo ello ha modificado tanto el contenido y el alcance de los análisis teóricos como las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia, norteamericanas, europeas y nacionales.

Una consecuencia de tales cambios ha sido la publicación por la Comisión de un Libro Verde dedicado a la política comunitaria en materia de competencia y restricciones verticales. Su objetivo intermedio era el fomento de un debate en el que participaran todos aquellos interesados en el mismo. El objetivo final era la adaptación, en su caso, de la actual legislación relacionada con las restricciones verticales. No cabe otra posibilidad que manifestar la adhesión a la iniciativa emprendida. Sin embargo, más que un debate súbito y apresurado hubiera sido deseable un debate más prolongado, sosegado y detallado —posiblemente iniciado mucho tiempo antes— iluminado por la luz de la ya extensa experiencia de unos y otros: autoridades, operadores económicos, académicos, juristas, por ejemplo.

Dicho deseo se ampara en el hecho de que un análisis de la documentación emanada de las autoridades de defensa de la competencia revela, en muchos casos, la existencia de una actitud zigzagueante en sus decisiones y, en ocasiones, incluso incoherencias que no resistirían el examen del análisis económico. Un exceso de formalismo y una insuficiencia de análisis económico de las situaciones concretas, necesario para enmarcar las conductas examinadas, han sido una de las características observables en el contexto de la aplicación del derecho de la competencia a las conductas verticales.

En consecuencia, hay que ser realistas y rigurosos. Un cierto alejamiento de las preocupaciones meramente formales —en cualquier caso necesarias— y una mayor aplicación del moderno análisis económico de los mercados al estudio de casos concretos parece absolutamente necesario. El presente no es el pasado, pero es el prelude del futuro. La dimensión de los mercados y la creciente fuerza competitiva de las empresas exige rapidez, economía y lógica en la toma de decisiones. No sólo por parte de las empresas sino, también, por las autoridades de defensa de la competencia.

Por estas razones, el camino emprendido es el adecuado. Ahora se trata de andar a un buen ritmo, no perderse entre la multitud de senderos que se entrecruzan con el camino principal, no tropezar con los obstáculos formales, y no distraerse con argumentaciones y discusiones accidentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ADELMAN, M. A., «Integration and Antitrust Policy», *Harvard Law Review*, vol. 27, 1949.
- CECCHINI, P., CATINAT, M., JACQUEMIN, A., *The Europe Challenge 1992. The Benefits of a Single market*, Wildwood House, 1988.
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria*, 22 de enero de 1997. COM (96) 721.
- DRI, E. DE GHELLINCK y HORACK, Adler y asociados, «Study on the Emergence of Pan European Markets», *Proyecto de Informe definitivo*, 1996.
- FUENTES NÚÑEZ, L., «El futuro de la distribución comercial en Europa: el Libro Verde sobre Restricciones Verticales y el nuevo enfoque de la Comisión», *Derecho de los negocios*, n.º 79, 1998.
- GINER PARREÑO, C., *Las restricciones verticales de la competencia en los Estados Unidos: un breve repaso histórico*, Tribunal de Defensa de la Competencia (en prensa).
- HUERTA, E., *Análisis económico de los acuerdos verticales*, Tribunal de Defensa de la Competencia (en prensa).
- PEÑA CASTELLOT, M. A., *La reforma de la política comunitaria de competencia en lo referente a las restricciones verticales de competencia: el Libro Verde y después*, Tribunal de Defensa de la Competencia (en prensa).
- PERRY, M. K., «Vertical Integration: Determinants and Effects», en SCHMALENSSEE, R. y WILLIG, R. D., 1989.
- REY, P., CABALLERO, SANZ, F. «The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints», *Economic Papers*, n.º 119, 1996.
- SCHERER, F. M., *Industrial Market, Structure and Economic Performance*, Rand McNally, 1970.
- SCHMALENSSEE, R. Y, WILLIG, R. D., *Handbook of Industrial Organization*, North Holland, 1989.
- SPENGLER, J. J., «Vertical Integration an Antitrust Policy», *Journal of Political Economy*, vol. 58, 1950.
- The Economic Journal, «The Marshall-MacMillan correspondence over the Net Book System», *The Economic Journal*, vol. 75, 1985.
- TELSEER, L. G., «Why should Manufacturers want Fair Trade?», *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.
- TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, 1988.

Tribunal de Defensa de la Competencia, *La competencia en España, Balance y nuevas propuestas, 1995*, Ministerio de Economía y Hacienda, 1995.

YAMEY, B. S., «Fijación en origen de los precios al detall» (1966a), en B. S. YAMEY, 1987.

YAMEY, B. S., «La competencia en precios al detall y los orígenes del acuerdo sobre las notas de libros» (1966b), en B. S. YAMEY, 1987.

YAMEY, B. S., *Análisis económico de los mercados*, Vicens Vives, 1987.