

Derecho de la Competencia y Contratos de Distribución

Luis Berenguer Fuster*

SUMILLA

Este artículo pretende proporcionar unas líneas generales sobre la regulación de las restricciones verticales, su plasmación en las relaciones de distribución en el mercado y las principales líneas de debate en el marco de la revisión de las normas aplicables a estos acuerdos. Como se verá, el consenso generalizado entre la Comisión Europea, las autoridades nacionales de competencia y los operadores económicos en torno al funcionamiento eficaz del esquema adoptado a finales de los 90 -Reglamento de Exención & Directrices- y el mantenimiento de las grandes líneas de ambos documentos adoptados entonces en el actual sistema revisado en el 2010, no hace sino constatar el éxito de la reforma de este sector iniciada a nivel comunitario en los años 70's y modernizada definitivamente a finales de los 90's con el Reglamento N° 2790/1999 y sus Directrices de aplicación.

I. Los contratos de Distribución como restricciones verticales a la Competencia

1. Normativa de Competencia aplicable a los acuerdos de distribución

La economía española experimentó una profunda transformación en los últimos 35 años fundamentada en el paulatino proceso de liberalización económica y comercial emprendido desde nuestra integración en la Comunidad Económica Europea, que aprovechó la simultánea y creciente internacionalización de la economía.

Uno de sus mejores exponentes fue el sector de la distribución comercial que, a su vez, arrastró en su desarrollo al de las manufacturas de gran consumo. La distribución también vivió su particular revolución, y el Derecho de la Competencia ha permitido una profunda modernización del sector en nuestro país, al tiempo que se trataba de evitar algunos riesgos asociados con ciertos sistemas de distribución.

En efecto, las relaciones comerciales de distribución muchas veces llevan asociadas restricciones de la competencia que, pese a que inicialmente implican limitaciones a la capacidad de competir de los operadores, a la postre generan beneficios para el sistema de distribución, el mercado y, en consecuencia, los consumidores. En España, la principal norma aplicable a las restricciones verticales es el Reglamento (UE) N° 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101°, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas¹ (en adelante, RECAV).

El Reglamento comunitario define los acuerdos verticales como: "acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios" (artículo 1.1.a).

* Presidente de la Comisión Nacional de Competencia, licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia, donde obtuvo el Premio Extraordinario. Ha sido Profesor de Derecho Mercantil en esta Universidad. El Dr. Berenguer ha sido diputado en las Cortes Generales y Eurodiputado en el Parlamento Europeo. Se ocupó de la Consejería de Administraciones Públicas en la Comunidad Valenciana. Ha sido vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia y también del Tribunal de Competencia de la Comunidad de Madrid. En 2005 fue nombrado Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y a partir de 2007 ocupa este mismo cargo al frente de la Comisión Nacional de Competencia.

¹ DO L N° 102 de 23 de abril de 2010, p. 1.

Este concepto de acuerdo vertical, incorporado al ordenamiento jurídico interno a través del RD N° 378/2003², se explica por la Comisión en los párrafos 24 a 26 de las Directrices relativas a las restricciones verticales³ (en adelante, las Directrices).

No obstante, no todas las restricciones verticales están comprendidas en el ámbito de aplicación del RECAV. Los párrafos 27 a 45 de las Directrices ofrecen orientaciones a las empresas en relaciones con algunas relaciones comerciales verticales que no estarían amparadas por la exención del RECAV. En concreto, ofrecen orientaciones sobre:

- a) Los acuerdos verticales no recíprocos entre competidores, que quedan excluidos del ámbito de aplicación del RECAV (artículo 2.4 RECAV)⁴;
- b) los acuerdos verticales suscritos por una asociación de minoristas con sus miembros o con sus proveedores, ya que los acuerdos verticales suscritos por otro tipo de asociaciones no están amparados por la exención de categorías (artículo 2.2 RECAV)⁵; y c) los acuerdos de distribución que incluyan cláusulas relativas a derechos de propiedad industrial. Así, los acuerdos cuyo objeto principal sea la licencia de derechos de propiedad industrial o intelectual (y no las condiciones en que las partes adquieren, venden o revenden los productos o servicios contractuales) no entran en el citado concepto de acuerdo vertical, sino de la noción de acuerdos de transferencia de tecnología (artículo 2.3 RECAV)⁶.

Estos últimos acuerdos pueden quedar amparados por la exención concedida por el RECAT

para determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, que incluye según esta noción no solo los acuerdos puros o mixtos de licencia de patentes, de conocimientos técnicos (*know-how*), de derechos de autor de programas de ordenador, sino también los acuerdos de licencia de estos derechos de propiedad industrial o intelectual que contengan “disposiciones referentes a la venta y compra de productos”, siempre que estas disposiciones relativas a la distribución no constituyan el objeto fundamental del acuerdo y estén directamente relacionadas con la producción de los productos contractuales (artículo 1.b) del RECAT)⁷.

Por último, también quedan excluidos hasta el 31 de mayo de 2013 de la exención por categorías en el sentido del señalado artículo 1.1.a) del Reglamento N° 330/2010, “los acuerdos verticales cuando se refieran a las condiciones en las que las partes puedan comprar, vender o revender vehículos de motor nuevos, recambios para vehículos de motor o servicios de reparación y mantenimiento de los mismos”, esto es, los acuerdos de distribución de automóviles (en sus modalidades de suministro exclusivo, distribución selectiva cuantitativa o cualitativa), que pueden quedar amparados por el Reglamento N° CE 1400/2002, de exención de determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor⁸.

2. Acuerdos verticales restrictivos de la competencia

Como todo Reglamento de exención por categorías, el RECAV ampara los acuerdos verticales que

² RD N° 378/2003, del 28 de marzo, por el que se desarrolla la Ley N° 16/1989, del 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia, derogado por la Disposición derogatoria única, letra b), del RD N° 261/2008, del 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. No obstante, el concepto de acuerdo vertical sigue vigente por efecto del artículo 1.4 de la LDC.

³ Comunicación de la Comisión - Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C N° 130, del 19 de mayo de 2010, pp. 1 a 46.

⁴ Ver también los apartados 27 y 28 de las Directrices.

⁵ Ver también los apartados 29 y 30 de las Directrices.

⁶ Ver también los apartados 34 a 38 de las Directrices.

⁷ RECAT. Reglamento CE N° 772/2004, de la Comisión, del 27 de abril, relativo a la aplicación del artículo 81.3 del TCE (ahora artículo 101.3 TFUE) a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, DO L 13, de 27 de abril de 2004, pp. 11 a 17. De acuerdo con el artículo 1.h) el término patente incluye: las patentes, solicitudes de patente, los modelos de utilidad, las solicitudes de registro de modelo de utilidad, los dibujos, las topografías de productos semiconductores, los certificados complementarios de protección para medicamentos u otros productos para los cuales pueden obtenerse dichos certificados y los certificados sobre obtenciones vegetales.

⁸ Artículo 2° del Reglamento CE N° 1400/2002, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81° del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor, DO L 203, de 1.8.2002, p. 30. No obstante, el Reglamento N° 1400/2002, será sustituido por el Reglamento CE N° 461/2010, de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, DO L 129, de 28 de mayo de 2010, pp. 52 a 57. Conforme al artículo 3 del nuevo Reglamento 461/2010, con efecto a partir de 1 de junio de 2013, el Reglamento (UE) N° 330/2010 se aplicará a los acuerdos verticales relativos a la compra, venta o reventa de vehículos de motor nuevos. La exención del nuevo Reglamento N° 461/2010 solo se aplicará a los acuerdos que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender recambios para los vehículos de motor o prestar servicios de reparación y mantenimiento para vehículos de motor que cumplan los requisitos para acogerse a una exención en virtud del Reglamento N° (UE) 330/2010 y no contengan ninguna de las restricciones especialmente graves que figuran en el artículo 5° del Reglamento. Ver también el Apartado 25 d) de las Directrices.

cumplan las dos condiciones de aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios del artículo 101.1 TFUE: 1ª) que contengan restricciones a la competencia, y 2ª) que afecten a los intercambios comerciales comunitarios.

Al objeto de determinar cuando un acuerdo cumple ambos presupuestos y, por ende, entra en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE, resulta indispensable la consulta de la comunicación de *minimis*⁹ y la comunicación relativa al efecto sobre el comercio intracomunitario¹⁰. Pero es preciso advertir ya que ambos Reglamentos comunitarios también se aplican a los acuerdos verticales de dimensión nacional; esto es, a los acuerdos de distribución limitada que restringen de forma significativa la competencia (artículo 5º LDC)¹¹ en todo o en parte del mercado español, sin ser aptos para afectar al comercio intracomunitario (artículo 1.4 LDC).

Como se ha apuntado, la aplicación de un Reglamento de exención por categorías presupone que el acuerdo vertical restringe, y de forma sensible, la libre competencia. Sin embargo, el RECAV no determina cuando un acuerdo de distribución contiene restricciones verticales que entran en el ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 101.1 TFUE (y del artículo 1.1 LDC).

El Reglamento se limita a establecer qué factores deben tener en cuenta las empresas al realizar este análisis *antitrust*, resaltando la particular importancia de la cuota de mercado como índice de existencia o no de poder del mercado por la parte proveedora y/o compradora¹².

Este enfoque económico, basado en los efectos del acuerdo vertical en la estructura de la competencia, es objeto de desarrollo en las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81.3 TCE (ahora artículo 101 TFUE) (y *mutatis mutandis* del artículo 1.3 LDC)¹³ y en las Directrices relativas a las restricciones verticales.

En estas disposiciones de *soft law* la Comisión Europea establece los principios básicos a tener en cuenta en la evaluación de los acuerdos verticales (y horizontales en el caso de las primeras Directrices citadas) con arreglo al artículo 101º TFUE (y artículo 1.1 LDC). Así se señala que los acuerdos deben ser evaluados en el contexto real en el cual se desarrollaría la competencia de no existir el acuerdo con sus supuestas restricciones, valorando sus efectos sobre la competencia entre las partes del acuerdo y sobre la competencia por parte de terceros.

Los acuerdos verticales, en tanto que acuerdos suscritos por empresas que (aun siendo competidoras en otros mercados¹⁴) operan, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución, no suelen producir efectos sobre la competencia entre las partes, sino sobre la competencia actual o potencial que en su ausencia pudiera existir entre las partes del acuerdo de distribución y terceros. Tal sería el caso de un acuerdo de distribución en virtud del cual el proveedor imponga al distribuidor una obligación de marca única que impida la entrada de terceros competidores en el mercado (restricción de la competencia intermarca o entre proveedores de marcas competidoras), o cuando

⁹ Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81º del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (ahora artículo 101º TFUE). DO C 368, de 22 de diciembre de 2001 pp. 13 a 15.

¹⁰ Comunicación de la Comisión Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81º y 82º del Tratado (ahora artículos 101º y 102º TFUE). DO C 101, de 27 de abril de 2004 pp. 81 a 96.

¹¹ La regla de *minimis* introducida por este precepto legal ha sido objeto de desarrollo en los artículos 1º al 3º del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), aprobado por el RD Nº 261/2008, de 22 de febrero (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008), que en líneas generales sigue la comunicación de *minimis* de la Comisión Europea.

¹² Considerandos 8º y 9º del RECAV.

¹³ Comunicación de la Comisión Directrices relativas a la aplicación de apartado 3 del artículo 81º de Tratado (ahora. Artículo 101º TFUE), DO C 101, de 27 de abril de 2004, p. 97 a 118.

¹⁴ El artículo 1º del RECAV entiende por empresas competidoras "un competidor real o potencial; [siendo] "competidor real", una empresa activa en el mismo mercado de referencia; [y un] "competidor potencial", una empresa que, en ausencia de un acuerdo vertical, podría emprender, por razones realistas y no según una posibilidad meramente teórica, las inversiones adicionales necesarias o sufragar otros costes de transformación necesarios para penetrar en el mercado de referencia en un breve periodo de tiempo en caso de aumento ligero, aunque constante, de los precios relativos". Las Directrices desarrollan en detalle situaciones específicas de relaciones de distribución entre competidores, como los casos de distribución dual, cuando el fabricante de un bien determinado también actúa como distribuidor del mismo en competencia con distribuidores independientes de su bien; o de doble distribución, cuando el proveedor es también prestador de servicios en el nivel del comprador (apartados 27 y 28 de las Directrices). Por su parte, en el párrafo 18.1 de las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81.3 TCE (ahora artículo 101º TFUE), la Comisión señala que para evaluar si las partes de un acuerdo son competidores reales o potenciales se debe tener en cuenta el contexto económico y legal, de modo que, por ejemplo, se considerará que las partes no son competidoras cuando, debido a los riesgos financieros y las capacidades técnicas de las partes, es objetivamente poco probable que cada una de ellas pueda realizar por sí sola las actividades que contempla el acuerdo.

el proveedor impide a sus distribuidores competir entre sí (o con el proveedor que se reserve para sí un territorio o grupo de clientes) fijándoles el precio de reventa al público (restricción de la competencia intramarca o entre distribuidores de la misma marca).

Es este enfoque económico, basado en los previsibles efectos del acuerdo vertical sobre el mercado, el que permite establecer la presunción de legalidad *antitrust* de la mayoría de las restricciones verticales (con la excepción de aquellas que tienen por objeto restringir la competencia), a condición de que la competencia intermarca sea suficiente.

En otro caso, si el proveedor o el comprador (en los contratos de compra exclusiva) o ambos tienen un cierto grado de poder de mercado, o bien un porcentaje muy significativo del mercado está cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales de efectos similares, la competencia intermarca será insuficiente. En este contexto, cobrará especial importancia la protección de la competencia intramarca (entre distribuidores) al evaluar la compatibilidad del sistema de distribución integrada con las normas de competencia¹⁵.

3. Grupos de restricciones verticales

Los distintos acuerdos de distribución limitada son aptos para generar una serie de restricciones a la competencia típicas: la exclusión de otros proveedores u otros compradores mediante el incremento de las barreras de entrada en el mercado; la reducción de la competencia intermarca entre las empresas que operan en un mercado y, por ello, la posibilidad de facilitar la colusión entre competidores; la reducción de la competencia intramarca entre los distribuidores de la misma marca; y la segmentación o reparto del mercado.

Dado que estos efectos económicos negativos pueden estar generados por acuerdos de distinta naturaleza, la Comisión agrupa las restricciones verticales en cuatro grupos o categorías, que no coinciden con las categorías de acuerdos de distribución limitada tal y como se utilizan en la práctica comercial¹⁶.

En el grupo de “marca única” se incluyen los acuerdos que presentan como característica principal obligar o inducir al comprador/distribuidor a concentrar sus pedidos de un producto concreto en un único proveedor. Este es el efecto típico de las cláusulas de no competencia, de las que obligan o incentivan al comprador a realizar un porcentaje muy elevado de sus ventas totales a un concreto proveedor (obligaciones de compra mínima¹⁷, descuentos por fidelidad, “cláusula inglesa”), y de aquellas que vinculan la compra de un producto a la adquisición de otro al mismo proveedor. En definitiva, se trata de restricciones que imponen, de forma directa o indirecta, la exclusividad del distribuidor, como es el caso de los acuerdos de franquicia o de compra exclusiva, cuyo principal riesgo para la competencia se centra en la potencialidad para generar barreras de entrada en el mercado (efecto de exclusión), y para reducir la competencia entre los proveedores presentes en el mercado (restricción intermarca).

En el grupo de “distribución limitada” (distribución exclusiva, distribución selectiva, asignación de cliente exclusivo, etc.) se incluyen aquellos acuerdos cuya principal característica consiste en que el fabricante solo vende a un comprador o a un número reducido de compradores. Es decir, se trata de acuerdos que, de una u otra forma, limitan deliberadamente el número de distribuidores de un determinado bien o servicio. Un efecto económico, la restricción de la competencia intramarca, que el proveedor puede conseguir mediante distintas técnicas contractuales que se pueden combinar, como la asignación a favor del distribuidor de un territorio en exclusiva o de un grupo de clientes en exclusiva (acuerdos de distribución exclusiva o de suministro en exclusiva), o también mediante la imposición de criterios de selección cualitativos (distribución selectiva cualitativa) y/o de naturaleza cuantitativa (distribución selectiva cuantitativa). El efecto inmediato de estas restricciones verticales es limitar la competencia intramarca pero cuando son pocos los distribuidores designados o seleccionados también pueden generar un riesgo de segmentación territorial del mercado y de colusión entre los distribuidores.

En el tercero de los grupos de acuerdos verticales, denominado de “fijación de los precios de

¹⁵ Artículo 6º del RECAV y párrs. 74 y s.s. de las Directrices de restricciones verticales. En la doctrina española, por todos, para un examen de los efectos anticompetitivos y procompetitivos de las restricciones verticales. ZURIMENDI ISLA, A. “Las restricciones verticales a la libre competencia”, Thomson-Civitas, 2006, pp. 69 a 95.

¹⁶ Párrafos 129 a 229 de las Directrices relativas a las restricciones verticales. Véase ZURIMENDI ISLA, A., “Las restricciones verticales a la libre competencia”, cit., p. 55.

¹⁷ Véase la RTDC de 12 de marzo de 2007, Exp. N° 614/06 Cervezas Canarias 2, en la que se sanciona como restrictivas una obligación de compra mínima y otra de publicidad excluida impuestas al distribuidor por el principal operador del mercado.

reventa”, se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en que se obliga o induce al comprador a no revender por debajo de un determinado precio, a un determinado precio o por encima del mismo. Son cláusulas que, según el caso, reducen (precio máximo o recomendado) o eliminan (precio mínimo o precio máximo o recomendado que, en la práctica, funciona como precio mínimo) la competencia intramarca, en el que suele ser el principal factor de competencia (el precio). Por tanto, son conductas que pueden generar un alto grado de transparencia del mercado que, de estar concentrado, puede facilitar la colusión entre proveedores y, por ello, la competencia intermarca.

Por último, en el grupo de “compartimentación del mercado” la Comisión incluye los acuerdos cuya principal característica consiste en que se limitan las posibilidades de abastecimiento o reventa de un comprador con relación a un producto específico. Es el efecto típico de los acuerdos de compra exclusiva, pues en estos contratos el distribuidor viene obligado a comprar un determinado producto o categoría de productos a un único proveedor, pero a diferencia de las restricciones de marca única el distribuidor goza de libertad para comprar y revender productos competidores. Este grupo también abarca las restricciones territoriales de reventa, la asignación de una zona de responsabilidad principal, las restricciones sobre el emplazamiento de un distribuidor y las de reventa a clientes, y tiene como efecto negativo principal una reducción de la competencia intramarca, que puede contribuir a que el proveedor compartimente el mercado y a obstaculizar así la integración del mismo. Esto puede, a su vez, facilitar la discriminación de precios.

Estos son, agrupados por categorías, los efectos económicos negativos de los acuerdos verticales, pero el enfoque económico de las restricciones verticales revela que, en ausencia de poder de mercado de las partes y de determinados pactos que solamente pueden tener por objeto restringir la competencia, este tipo de prácticas contractuales son estrategias comerciales legítimas también desde la óptica del Derecho de defensa de la competencias.

En efecto, son acuerdos que permiten intensificar el grado de competencia que existe en un determinado mercado en beneficio del bienestar del consumidor y de la economía en general, en

la medida en que hacen posible o facilitan, entre otras eficiencias, la creación de una imagen de marca, la obtención de economías de escala, o resuelven problemas de parasitismo y/o de cautividad. Por ello, puestos en una balanza estos efectos positivos y los mencionados efectos negativos sobre la competencia, ese análisis económico permite afirmar a las autoridades de competencia que las restricciones verticales se presumen procompetitivas¹⁸.

4. Los acuerdos de agencia

La aplicación de la prohibición de acuerdos restrictivos de los artículos 1.1 LDC y 101° TFUE requiere, ante todo, el concurso de una pluralidad de voluntades de personas distintas dotadas de libertad económica para decidir autónomamente su comportamiento en el mercado. Los agentes, comisionistas o mediadores no se consideran operadores económicos en tanto en cuanto carezcan de libertad para organizar su actividad de promoción de los negocios del principal por cuya cuenta o interés actúan y, por ello, los contratos de agencia, comisión o mediación no caen en la prohibición de acuerdos restrictivos. Pero si el agente, en el desarrollo de su actividad de promoción de la venta de los productos o servicios del principal, asume algún riesgo relevante, entonces el acuerdo de agencia queda sujeto a la normativa de defensa de la competencia.

Este análisis *antitrust* de los acuerdos de agencia que se acaba de enunciar se desarrolla actualmente en los párrafos 12 a 21 de las Directrices sobre restricciones verticales, y pivota sobre el criterio de la asunción del riesgo financiero o comercial relativo a las actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal, sin que sea relevante el hecho de que el agente actúe en régimen de exclusiva (territorial o por clientes) o por cuenta de uno o varios principales. También es irrelevante la calificación que den al acuerdo las partes o la legislación nacional.

La asunción o no de este riesgo por el agente permite distinguir, a efectos del Derecho *antitrust*, dos categorías de acuerdos de agencia: los acuerdos genuinos de agencia (excluidos de la prohibición de colusión) y los acuerdos no genuinos de agencia.

Para determinar ante cual de los dos tipos de acuerdo de agencia nos encontramos, la Comisión

¹⁸ Véase, en especial, los párrafos 106 a 109 de las Directrices relativas a las restricciones verticales.

distingue tres tipos de riesgos comerciales o financieros. Por un lado, los riesgos directamente relacionados con los contratos suscritos y/o negociados por cuenta del principal con terceros (por ejemplo, la financiación de existencias)¹⁹. Por otro lado, los riesgos relacionados con inversiones específicamente destinadas al mercado, que suelen ser inversiones a fondo perdido o de difícil recuperación al término de la relación de agencia. Por último, y de forma novedosa respecto de las orientaciones anteriores²⁰, los riesgos asociados a otras actividades en el mismo mercado de producto que puedan ser requeridas por el principal, pero no como agente en nombre del principal, sino por su propia cuenta (párrafo 14 de las Directrices).

Pues bien, se considera que un acuerdo de agencia es genuino cuando el agente no asume riesgo alguno o este es insignificante en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado, ya que en estos casos el agente no ejerce propiamente ninguna actividad económicamente independiente.

En caso contrario, se estará ante un acuerdo de agencia no genuino y, por ello, incluido en el ámbito de aplicación de la prohibición de colusión (artículos 101° TFUE y 1° LDC), debiendo el agente, en tanto que empresario económicamente independiente, mantener su libertad de actuación en el mercado, en el marco de lo que establece el RECAV y sus Directrices.

La asunción o distribución de los riesgos comerciales o financieros por el agente es una cuestión que se debe analizar caso por caso, teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídico-privada del contrato en el derecho interno²¹. No obstante, con el

objeto de facilitar esta labor, en el párrafo 16 de la Comunicación, la Comisión establece una presunción positiva de acuerdo genuino de agencia, cuando la propiedad de los bienes objeto del contrato comprados o vendidos no le sea conferida al agente, o este no preste directamente los servicios objeto del contrato, y siempre que el agente no asuma determinados compromisos u obligaciones contractuales que allí se enumeran con carácter de lista abierta.

5. Los acuerdos verticales de menor importancia

Aunque la lectura del artículo 101.1 TFUE permitiría concluir que todo acuerdo que tiene por objeto o puede producir el efecto de restringir la competencia resulta prohibido, las autoridades comunitarias rechazaron desde un primer momento esta interpretación, afirmando que solo resultan prohibidos los acuerdos y las conductas concertadas que tengan aptitud para poder producir una restricción significativa o sensible a las condiciones de competencia que rigen en el mercado considerado²².

El análisis económico que late en la exclusión de los acuerdos de menor importancia de la prohibición del artículo 101.1 TFUE se recoge en la comunicación de *minimis* de 2001, y se efectúa sobre la base de determinados umbrales de cuotas de mercado (que se calculan sobre el valor de las ventas o, en su caso, de las compras), que varían en función de si las partes del acuerdo son o no competidores, y/o de la existencia de efectos acumulativos de exclusión por la existencia de redes paralelas de acuerdos similares.

Sobre estas bases cuantitativas, la comunicación establece una suerte de presunción *iuris tantum* de

¹⁹ Véase en el ámbito de la distribución en exclusiva de combustibles en estaciones de servicio la RTDC de 30 de junio de 2001, Expediente N° 493/00 Cepsa; la STJ de 11 de septiembre de 2008, As. C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio y L.V. Tobar e Hijos, SL; y de 14 de diciembre de 2006, As. C-217/05 CEEES/Cepsa (apartados 58 y 65), y la posterior STS de 4 de mayo de 2007. Véase también: QUINTÁNS EIRAS, R. "La utilización de los contratos de agencia como mecanismo para evitar la aplicación del Derecho de la Competencia", *ADI*, Vol. XXIV, 2003, pp. 409 a 434, y ECHEVARRÍA ÁLVARES, E. / MORENO-TAPIAS, I., "La aplicación del Derecho de la Competencia a los acuerdos de agencia", *Noticias UE*, N° 288, enero 2009, pp. 47 a 53.

²⁰ Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C 122, de 23 de mayo de 2002, p. 1, en relación con el anterior Reglamento de exención de restricciones verticales, el Reglamento (CE) N° 2790/1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81° del TCE (ahora artículo 101° TFUE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DO L 336 de 29.12.1999, p. 21 (antiguas Directrices y antiguo RECAV, respectivamente).

²¹ En el asunto T -325/01, la STPI *Chrysler* de 15 de setiembre de 2005 rechaza la asimilación económica realizada por la Comisión entre el agente alemán y el distribuidor español de Mercedes-Benz, considerando el TPI que el primero de ellos es asimilable a un empleado, por lo que al formar unidad económica con el principal no resulta de aplicación el artículo 101° TFUE. Mientras que, por el contrario, el segundo se califica como un operador independiente por cuanto puede determinar o, cuando menos, influir en las condiciones en que se realizan las ventas, pues él es quien vende, quien asume el riesgo principal del precio del vehículo y quien guarda vehículos en stock, lo que determina que su relación con el fabricante quede sujeta al artículo 101° TFUE (apartados 102 y 118).

²² STJ *Völk* de 9 de julio de 1969, As. 5/69, REC. 169, p. 295.

qué acuerdos se consideran de menor importancia y, por tanto, excluidos del ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 101.1 TFUE, si bien se advierte que la superación de los umbrales de cuota de mercado definidos en la comunicación no implica, necesariamente, que el acuerdo o práctica concertada produce efectos significativos sobre la competencia y que, por tanto, resulta prohibido por el artículo 101.1 TFUE; simplemente, tal hecho supone que no goza de la presunción negativa de no ser apto para generar efectos significativos sobre la competencia.

Conforme a esta comunicación se consideran de menor importancia los acuerdos verticales en los que la cuota de mercado de cada una de las partes no exceda del 15% en ninguno de los mercados. En aquellos casos en los que resulte difícil establecer si es un acuerdo entre competidores o entre no competidores, el umbral de *minimis* se reduce al 10%.

Asimismo, cuando la competencia resulte restringida por los efectos acumulativos de exclusión del mercado derivados de la existencia de redes paralelas de acuerdos de similares efectos en el mercado concluidos por otros operadores, el umbral de cuota de mercado se reduce al 5%.

Al objeto de ayudar a las empresas a valorar la existencia de estos efectos acumulativos, siguiendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Comisión considera que en general los acuerdos concluidos por operadores con una cuota de mercado no superior al 5% no contribuyen de forma significativa a este efecto acumulativo de exclusión²³.

De este análisis de efectos quedan excluidas las restricciones verticales que, en opinión

de la Comisión, tienen por objeto limitar la competencia²⁴: la restricción por parte del proveedor de la libertad del comprador para fijar el precio de venta, y determinadas restricciones de las ventas (activas y/o pasivas) en acuerdos de distribución exclusiva o selectiva.

La regla de la menor importancia ha sido incorporada al ordenamiento interno a través del artículo 5° LDC, que dispone: “Las prohibiciones recogidas en los artículos 1° al 3° de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”.

En consecuencia, los acuerdos verticales (y sorprendentemente también los abusos de posición dominante y los actos de competencia desleal con relevancia *antitrust*) de menor importancia de dimensión nacional están excluidos del ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 1° LDC, motivo por el cual no son perseguibles por las autoridades de competencia (nacional o autonómica) ni tampoco por los órganos jurisdiccionales ordinarios mercantiles en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia²⁵.

El Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC, en adelante²⁶) regula esta regla de *minimis* en los artículos 1° al 3° siguiendo, en líneas generales, la normativa y jurisprudencia comunitaria.

En particular, el artículo 1° RDC considera excluidas de la prohibición del artículo 1° LDC, por ser de menor importancia, las conductas entre

²³ STJ *Remia* de 11 de julio de 1985, As. 42/84, REC., 1985, p. 2545.

²⁴ La Comisión entiende por restricciones a la competencia por objeto aquellas que por su propia naturaleza, y dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el artículo 101.1 TFUE para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Afirma también que, en general, se consideran restricciones por objeto aquellas que se prohíben en los Reglamentos de exención por categorías o se enumeran entre las restricciones especialmente graves en las Directrices y Comunicaciones. (Directrices relativas a la aplicación del artículo 81.3 TCE [ahora artículo 101.3 TFUE], apartados 20 al 23 y 25 al 27). Un sector de la doctrina critica esta concepción amplia de restricciones por objeto, y defiende un concepto más restrictivo limitado a acuerdos con causa ilícita, o acuerdos celebrados por las partes con la finalidad (en sentido objetivo) de eliminar o reducir la lucha competitiva que en otro caso existiría entre ellas, así como a las cláusulas contractuales con efectos restrictivos incluidas en acuerdos con causa legítima y que, por no encajar razonablemente en el acuerdo (porque no está ordenada a servir a la finalidad económico-social típica) se puede presumir que tienen por objeto restringir la competencia. Véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Los acuerdos: ¿autorización individual o excepción legal?”, en MARTÍNEZ LAGE, S. / PETITBÓ, A., (Dirs.), “La modernización del Derecho de la Competencia”, Fundación Rafael del Pino / Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 247 a 263, pp. 256 y ss.

²⁵ En la doctrina, entre otros PALAU, F., en MASSAGUER, J. y otros (Dirs.). “Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia”, Thomsom-civitas, Madrid, 2008, pp. 259 a 271, p. 266. Más controvertido resulta afirmar si una restricción de menor importancia amparada por el artículo 5° LDC puede constituir un acto de competencia desleal.

²⁶ RD N° 261/2008, de 22 de febrero, BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008.

no competidores cuando la cuota de mercado de cada uno no exceda del 15% en ninguno de los mercados relevantes afectados, que se reduce al 10% cuando las partes son competidores o resulte difícil determinar si son competidores o no, y al 5% de cuota de mercado si existe riesgo de cierre o exclusión del mercado a terceros como consecuencia de la existencia de redes paralelas de acuerdos similares que cubran más del 30% del mercado de referencia.

El artículo 2º RDC establece una lista negra de restricciones a la competencia que se sitúan extramuros del concepto de conductas de menor importancia, atendiendo a la cuota de mercado de las partes del acuerdo. Las restricciones incluidas en esta lista negra se corresponden con las contenidas en el párrafo 11 de la comunicación de *minimis*, a las que se añade la prohibición de no competencia contenida en el RECAV (artículo 2.2. del RDC) y los supuestos del número 4 que constituyen una novedad absoluta no exenta de lógica económica²⁷.

Estos artículos 1º y 2º RDC desarrollan para las conductas concertadas (quizá con la excepción del supuesto del artículo 2.4.b) aplicable a conductas unilaterales) la regla de *minimis* basada en cuotas de mercado, pero conforme al artículo 5º LDC la cuota de mercado de las partes del acuerdo no es el único criterio de delimitación de las conductas de menor importancia, aunque probablemente sí es el que proporciona mayor seguridad jurídica. Por ello quizá el artículo 3º RDC, con el objeto de proporcionar una mayor flexibilidad a la regla nacional de menor importancia, dispone que las autoridades de competencia podrán declarar de menor importancia conductas realizadas por empresas con una cuota de mercado superior a la establecida en el artículo 1º RDC, o conductas incursas en la lista negra del artículo 2º RDC que,

atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de una manera significativa a la libre competencia²⁸.

Así lo ha entendido el Consejo de la CNC en el asunto conocido como “Corral de las Flamencas”²⁹. El Consejo partía de la concepción de que, resultaba improbable que determinadas cláusulas negras produjeran efectos negativos sobre la competencia cuando las empresas integrantes del acuerdo no tienen capacidad suficiente para afectar la competencia y cuando las cláusulas negras en cuestión no estén extendidas en el mercado (por ejemplo, en redes paralelas de acuerdos similares). Así, en estas circunstancias, sería más probable que los posibles efectos procompetitivos de las restricciones dominen sobre los anticompetitivos.

Esta posición vendría respaldada por los tribunales españoles. En el asunto MDC Ingeniería/Productos Haller, la Audiencia Nacional anuló una resolución de la CNC en la que se había apreciado una conducta restrictiva considerando que “resulta en consecuencia que las conductas descritas en los hechos probados de la resolución impugnada carecen de entidad suficiente para afectar restrictivamente la competencia de manera apreciable, siendo contraria a derecho, la imposición de una sanción”³⁰.

6. Restricciones verticales accesorias

Si al evaluar el objeto o restricción principal del acuerdo vertical las empresas entienden que no produce efectos sensibles sobre la competencia actual o potencial que hubiera existido en su ausencia, el acuerdo de distribución restringida será compatible con la prohibición del artículo 101.1 TFUE (y del artículo 1.1 LDC), y la misma calificación jurídica deben recibir aquellas

²⁷ Véase la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de noviembre de 2007, Expediente N° R 691/06 DISA.

²⁸ Véanse, entre otras, las Resoluciones del Consejo de la CNC de 23/09/2008, Expediente 2740/06 TOTAL; Expediente N° 2739/06, AGIP y Expediente N° 2659/05, Rotores Centrifugadores. Para dos análisis opuestos sobre la naturaleza y aplicación del artículo 3 RDC, véase en la doctrina: BERENGUER, L. / COSTAS, J. “Comentarios a la Regulación de las conductas restrictivas de menor importancia en España”, ADI, Vol. 28 (2007-2008), pp. 24 a 68, y PELLISÉ, C., “Las conductas de menor importancia en la Ley N° 15/2007 de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la Competencia 2007*, pp. 71 a 103.

²⁹ Resolución del Consejo de la CNC de 03 de diciembre de 2009, Expediente N° S/0105/08, Corral de las Flamencas. En este asunto el Consejo de la CNC aplicó por primera vez el artículo 5º de la LDC en relación con el artículo 3º del RDC. El expediente tuvo su origen en una denuncia de un comercio contra una empresa dedicada al diseño, importación y comercialización de ropa y accesorios de moda, El Corral de las Flamencas, SL, por imponer a sus distribuidores precios de venta al público obligatorios, lo que constituiría una “cláusula negra” del RECAV. No obstante, la cuota de la denunciada dentro del mercado de fabricación y comercialización de prendas textiles no resultaba significativa. Sus productos se comercializaban fundamentalmente a través de terceros en tiendas multimarca bajo pedidos que se cursaban mediante unas hojas proporcionadas a sus potenciales clientes donde figuraba el precio al que se vendía el producto al comercio, así como el precio de venta al público. Aunque la fijación de precios de reventa constituye en principio una infracción del artículo 1.1.a) de la LDC de acuerdo también con el RECAV, se consideró que, teniendo en cuenta el contexto económico en el que se producía, no parecía una conducta apta para afectar de manera significativa a la competencia. En consecuencia, en virtud del artículo 3º del RDC, el Consejo declaró que la conducta

restricciones verticales que se consideren accesorias, necesarias y proporcionadas a la principal.

Esta doctrina de las restricciones accesorias (*ancillary restraints of trade*) es fruto de la introducción de un cierto análisis económico en la evaluación de las conductas empresariales en sede misma de la prohibición de acuerdos colusorios de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC, y pone de manifiesto que no es posible considerar que todo acuerdo que restringe la libertad de actuación de las partes o de una de ellas cae necesariamente en aquella prohibición.

Ahora bien, el análisis económico que revela esta doctrina no supone, en absoluto, situar el particular acuerdo principal y las restricciones a la competencia que contiene en el contexto jurídico y económico en el que tiene lugar, con el objeto de determinar y ponderar sus posibles efectos positivos y negativos sobre la competencia existente en el mercado considerado, con vistas a determinar su licitud *antitrust* (artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC)³¹.

En el ámbito del Derecho Comunitario (y nacional) de la competencia, el concepto de restricción accesoria comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma.

Una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma³², en el sentido de que en su ausencia el acuerdo vertical no se llevaría a término o se realizaría con un riesgo cierto de que no alcanzaran todas las eficiencias que son propias de esa categoría de acuerdo vertical.

El criterio de la proporcionalidad de la restricción accesoria está directamente vinculado al de necesidad, pues presupone la necesidad de la restricción accesoria para poder alcanzar plenamente la finalidad económico-jurídica que le es propia, y exige que restrinja lo menos posible la competencia.

Bajo la influencia de la Escuela de Chicago, y dentro del debate más general de liberalizar las restricciones verticales sometiéndolas plenamente al criterio de la *rule of reason* cuando las partes no tienen poder de mercado, un sector de la doctrina propugna la flexibilización del criterio de la necesidad, proponiendo ampliar el concepto de restricción accesoria a aquellas que no siendo estrictamente necesarias son útiles para la consecución del objeto principal del acuerdo vertical³³.

Un ejemplo de aplicación de esta doctrina de las restricciones accesorias a acuerdos verticales es el análisis efectuado por el TDC en los expedientes de autorización singular de acuerdos de distribución selectiva según la vigencia de la Ley N° 16/1989 de defensa de la competencia. En esas resoluciones el TDC afirma que estos sistemas de distribución restringida no suponen una práctica incurso en la prohibición de acuerdos colusorios si cumplen tres condiciones o principios en cuanto a la selección de revendedores: 1) Principio de necesidad: los criterios objetivos aplicados han de ser de carácter únicamente cualitativo y responder a la naturaleza de los productos de que se trate para conseguir una adecuada distribución. 2) Principio de proporcionalidad: no se pueden imponer exigencias desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido, que no es otro que el de lograr un comercio especializado eficiente y que garantice la venta de los productos en condiciones óptimas. 3) Principio de no discriminación: los criterios de selección han de aplicarse sin discriminaciones y de igual modo para todos los revendedores³⁴.

desarrollada por El Corral de las Flamencas no era apta para afectar de manera significativa la competencia, por lo que no le resultaba de aplicación el artículo 1° LDC.

³⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/09/ 2009, FJ 4°.

³¹ Este balance o *rule of reason* sólo es posible en sede de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC. Véase la sentencia del TPI de *Métropole télévision* de 18 de setiembre de 2001, As. T-112/99, *REC.*, 2001, p. II-2459. Sobre la artificiosidad de esta construcción, véanse los comentarios de: FORTUNA DE OLIVEIRA, I. "Abordagem à interpretação das 'restrições graves' do Regulamento 2790/99 da Comissão", *ADI*, Vol. 27 (2006-2007), pp. 121 a 142, p. 137.

³² Párrafos 28 a 31 de las Directrices relativas a la aplicación del artículo 81.3 TCE (ahora artículo 101.3 TFUE). En la doctrina española, por todos: ZURIMENDI ISLA, A., "Las restricciones verticales a la competencia", cit., pp. 124 a 132.

³³ Sobre las restricciones accesorias en general y, en particular, sobre el análisis de las restricciones accesorias en el contrato de franquicia, en la doctrina española véase: MARTÍ MIRAVALLS, J., "Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia", *ADI*, Vol. 28 (2007-2008), pp. 341 a 370.

³⁴ Entre otras, véase la Resolución del TDC de 14 de octubre de 1997, Expediente N° 380/96 Perfumería.

II. El enfoque económico de las restricciones verticales

El RECAV crea un recinto seguro (*safe harbour*) para una determinada categoría de acuerdos y prácticas verticales que afectan significativamente a la competencia en el mercado (y al comercio intracomunitario y/o a toda o una parte del mercado español), pero que a partir de la experiencia adquirida se puede presumir con cierta seguridad que cumplen las condiciones establecidas en el artículo 101.3 TFUE; es decir, son acuerdos procompetitivos y por ello no incluidos en la prohibición de acuerdos colusorios del artículo 101° TFUE (artículo 1.2 Reglamento CE 1/2003) y/o del artículo 1.1 LDC (artículo 1.4 LDC).

Esta presunción se asienta en la falta de poder del mercado de las partes, que el RECAV presupone si la cuota del proveedor en el mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales no es superior al 30% y si la cuota de mercado del comprador no supera el 30% en el mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales³⁵.

Cuota de mercado no es sinónimo de poder de mercado, pero es quizá el principal factor que permite descartar o presuponer que la empresa tiene poder de mercado, lo que habrá que confirmar mediante el análisis de otros factores (barreras de entrada, elasticidad de la demanda, etc.). Probablemente es, además, el factor de más fácil y rápida aplicación y, por ello, dentro de la inseguridad es el que mayor seguridad jurídica proporciona a las empresas, pues estas suelen saber con cierta exactitud su cuota de mercado (y la de los competidores), y las autoridades de competencia atesoran ya una relativa y dilatada experiencia en el cálculo de cuotas de mercado, en particular, en materia de control de concentraciones.

Para la determinación del mercado de referencia resulta imprescindible acudir a la Comunicación

de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia³⁶, y para el cálculo de la cuota es obligada la consulta de las normas contenidas en el artículos 3°, 7° y 8° del RECAV y los criterios de los párrafos 86 al 95 de las Directrices sobre restricciones verticales³⁷.

Pero el hecho de que las partes superen ese umbral de cuota de mercado, aunque sitúa todo el acuerdo fuera del recinto seguro del Reglamento de exención, ni implica que las partes tengan efectivamente poder de mercado, ni tampoco que su acuerdo vertical está incurso en la prohibición de acuerdos colusorios (artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC), salvo que incluya alguna de las restricciones por objeto o especialmente graves, en cuyo caso tampoco es probable que la autoridad de competencia considere que el acuerdo cumple todos los requisitos de exención del artículo 101.3 TCE o del artículo 1.3 LDC y, en particular, el requisito de que no incluya restricciones que no resulten indispensables para alcanzar las eficiencias alegadas.

Al evaluar la aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios a las restricciones verticales, las empresas que superen la cuota del 30% del mercado deben tener en cuenta los criterios o factores de análisis de compatibilidad que utilizan las autoridades de competencia, siendo los principales los siguientes: posición de mercado del proveedor, posición de mercado de los competidores, posición de mercado del comprador, barreras de entrada, madurez y expectativas de crecimiento del mercado, nivel de comercio (comercio mayorista o minorista), y naturaleza del producto³⁸.

1. El Reglamento N° 330/2010 de Restricciones Verticales

El RECAV, al igual que su antecesor, se aplica a todo tipo de acuerdo vertical que tenga por objeto principal regular las condiciones en que las partes contractuales adquieren, venden o revenden

³⁵ La cuota de mercado del comprador fue introducida en el RECAV 2010 (anteriormente, en el Reglamento de exención por categoría de acuerdos verticales N° 2790/99, tan solo se contemplaba la cuota de mercado del proveedor). Este nuevo requisito fue introducido fundamentalmente por las inquietudes con relación al poder de mercado y determinadas prácticas comerciales de la gran distribución. Anteriormente, sin la exigencia de este umbral, se podía dar la situación en la que determinadas restricciones impuestas por cadenas de distribución con un gran poder de mercado quedasen amparadas por el antiguo RECAV, en detrimento de los pequeños proveedores e incluso de pequeños distribuidores.

³⁶ DO C 372, de 9 de diciembre de 1997, pp. 5 a 13.

³⁷ El artículo 7° del RECAV introduce cierta flexibilidad a la rigidez intrínseca a un sistema de exenciones basado en cuotas de mercado, en tanto que permite conservar temporalmente (uno o dos años) el beneficio de la exención si se superan los citados umbrales. Para una análisis detallado de los criterios de cálculo de la cuota de mercado: ZURIMENDI ISLA, A., "Las restricciones verticales a la competencia", pp. 216 a 227.

todo tipo de bienes o servicios³⁹. A continuación describiremos en grandes líneas las principales características y elementos del RECAV, al objeto de proporcionar unas indicaciones básicas.

En primer lugar, para beneficiarse de la seguridad jurídica proporcionada por el RECAV, cualquiera de las modalidades del acuerdo de distribución limitada o restringida debe cumplir dos presupuestos básicos: 1) la cuota de mercado del proveedor y del comprador en el mercado o mercados de referencia no debe exceder del 30%, y 2) no debe contener alguna de las cláusulas negras relacionadas en el artículo 4º del RECAV.

Los acuerdos verticales que cumplan estas condiciones de exención jurídicamente se consideran no prohibidos por el artículo 101.1 TFUE (artículo 1.2 Reglamento N° 1/2003⁴⁰) y/o por el artículo 1.1 LDC (artículo 1.4 LDC), porque en definitiva la experiencia y la realidad económica permiten presumir que generan más eficiencias que restricciones a la competencia y, por ello, cumplen las condiciones de exención de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC.

El RECAV establece dos categorías de restricciones verticales que quedan excluidas de la exención por categoría, aunque proveedor o comprador no superen el umbral del 30% de cuota de mercado e, incluso, si se sitúan por debajo del umbral de menor importancia del 15%.

La experiencia permite afirmar a las autoridades de competencia que, en la mayor parte de los casos, el balance entre eficiencias y restricciones arroja un resultado negativo sobre la competencia

efectiva, de ahí que no se pueda presumir que cumplen los requisitos de exención de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC. No obstante, un sector de la doctrina ha criticado que en el cajón del artículo 4 del RECAV se incluyen como no exentas por el Reglamento prácticas comerciales (en especial, la fijación del precio de venta al público y la prohibición de ventas activas y pasivas) más en atención a sus potenciales efectos sobre la unidad del mercado comunitario que por razones de estricta eficiencia económica, y que, por ello, la legislación nacional de competencia (y la interpretación de las autoridades nacionales de competencia) podría haber realizado un enfoque *antitrust* más limpio y autónomo⁴¹.

La inclusión en un acuerdo vertical de distribución limitada de alguna de las restricciones especialmente graves de la lista del artículo 4 del RECAV tiene como efecto jurídico excluir todo el acuerdo del beneficio de la exención por categoría, y la necesidad de examinar, en atención al particular contexto jurídico y económico en el que se sitúa el acuerdo, si cumple los requisitos de exención de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC, si bien las Directrices sobre restricciones verticales nos advierten que no será fácil que la autoridad de competencia aprecie su cumplimiento (párrafo 47 de las Directrices).

Es decir, el riesgo de que este tipo de acuerdo vertical se declare nulo de pleno derecho por contrario a los artículos 101.2 TCE o/y 1.2 LDC es alto. Por el contrario, la inclusión en el acuerdo de distribución limitada o restringida de alguna de las restricciones especialmente graves del artículo 5º del RECAV (notablemente, una prohibición de

³⁸ Párrafos 96 a 127 de las Directrices relativas a las restricciones verticales.

³⁹ En el sistema anterior al Reglamento N° 1/2003, de aplicación de los artículos 81º y 82º del TCE (ahora artículos 101º y 102º TFUE) era preciso notificar los acuerdos que, contraviniendo el apartado 1 del artículo 101º por contener restricciones a la competencia, reunían los requisitos del apartado 3 y por tanto eran meritorios de una autorización individual (contribución al progreso técnico, indispensabilidad de la restricción para ello, traslado a los consumidores de los beneficios obtenidos e imposibilidad de eliminar la competencia como consecuencia de la restricción). En el marco de estos procesos de autorización, la Comisión Europea comprobó que determinados tipos de restricciones siempre reunían las condiciones para la exención individual cuando se ajustaban a determinados parámetros. Así nacieron los primeros reglamentos de exención por categorías de restricciones verticales que, inicialmente, cada uno de ellos únicamente contemplaba un tipo específico de distribución / restricción (distribución en exclusiva, compra en exclusiva, franquicia, etc.). El enfoque anterior, eficaz al inicio, terminó por resultar excesivamente formalista y "encorsetado" y era criticado por la doctrina; por todos, GINER PARREÑO, C.A., "Distribución y libre competencia", Montecorvo, Madrid, 1994, pp. 60 y 64. En 1999 todos los reglamentos de exención anteriores (excepto los relativos a algunos sectores específicos, como por ejemplo el de los automóviles) pasaron a englobarse en un único Reglamento de exención por categorías: el Reglamento N° 2790/1999, con un enfoque más económico y flexible plasmado en sus Directrices de aplicación. La modernización definitiva vino de la mano del Reglamento N° 1/2003, que introdujo un sistema de exención legal, de forma que ya no era preciso notificar los acuerdos para obtener una autorización individual, sino que bastaba con que los operadores autoevaluasen sus acuerdos de distribución a la luz del Reglamento N° 2790/1999 y las Directrices para verificar su carácter procompetitivo y no contrario al artículo 101º, apartado 1.

⁴⁰ Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81º y 82º del Tratado (ahora artículos. 101º y 102º TFUE), DO L 1 de 4.1.2003, pp. 1 a 25.

⁴¹ No obstante, los párrafos 223 a 229 de las Directrices si admiten eficiencias en algunos casos concretos sin llegar a aclarar del todo el binomio de aplicación cláusulas negras/mínimas.

competencia indefinida o de duración superior a cinco años), tiene una consecuencia jurídica de menor alcance: la restricción no se considera cubierta por el RECAV, pero sí el resto del contenido del acuerdo vertical, siempre y cuando aquella sea disociable o separable del resto del contenido contractual (regla de la disociabilidad).

Las restricciones verticales incluidas en la lista negra del artículo 4º del RECAV son las siguientes⁴²:

1º Precios de reventa: el proveedor no puede imponer al comprador/distribuidor el precio de reventa o un precio mínimo de reventa de los productos contractuales; por tanto, está exenta la práctica del proveedor de recomendar precios o imponer al comprador un precio máximo de reventa, siempre que estas prácticas concertadas no conduzcan indirectamente (por ejemplo, subordinando la concesión de descuentos a la observancia de un determinado nivel de precios) a la fijación del precio de reventa.

2º Reparto de mercado: la compartimentación del mercado por territorios o grupo de clientes, restringiéndole al comprador el territorio o el grupo de clientes al que podrá vender o revender los productos contractuales, también se considera una restricción especialmente grave. No obstante, esta restricción tiene cuatro excepciones. La primera de ellas afecta a la restricciones de las ventas activas por parte de un distribuidor exclusivo; en particular, el párrafo primero del artículo 4.b) del RECAT permite al proveedor restringir las ventas activas efectuadas por sus compradores directos a un territorio o a un grupo de clientes que se ha asignado exclusivamente a otro comprador o que el proveedor se ha reservado para sí⁴³ e incluso se permite restringir las ventas a un determinado establecimiento (lo que en el antiguo RECAV sólo se preveía para las redes de distribución selectiva).

Las otras tres excepciones a las cláusulas contractuales permiten al proveedor prohibir tanto las ventas activas como pasivas del comprador. Así, se permite al proveedor: a)

restringir al comprador/mayorista la venta a usuarios finales; b) restringir al distribuidor miembro de un sistema de distribución selectiva la venta, sea en el nivel comercial que sea, a distribuidores no autorizados en mercados en los que opera dicho sistema; y c) restringir a un comprador de componentes suministrados para ser incorporados su reventa a los competidores del proveedor.

3º Restricciones en redes de distribución selectiva: las restricciones especialmente graves de las letra c) y d) del artículo 4º del RECAV se refieren a los acuerdos de distribución selectiva, entendido como un sistema de distribución por el cual el proveedor se comprometa a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, únicamente a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados (artículo 1.d) del RECAV).

Pues, bien, en estos acuerdos el proveedor no puede restringir las ventas activas o pasivas por parte del distribuidor selectivo o autorizado a los usuarios finales, ya sean usuarios finales profesionales o consumidores finales, si bien es posible impedir al distribuidor autorizado que desarrolle su actividad comercial en locales diferentes o que abra un nuevo establecimiento en un emplazamiento distinto.

Tampoco puede el proveedor impedir los suministros recíprocos entre distribuidores autorizados, restringiendo de forma directa o indirecta las ventas activas o pasivas de los productos contractuales entre ellos, lo que implica, por una parte, que la distribución selectiva no puede ir unida a una compra exclusiva, pues esta última tiene por objeto obligar al distribuidor a adquirir los productos contractuales de una sola fuente. Por otra parte, significa que no se puede impedir o restringir al distribuidor autorizado, que opera al por mayor en el ámbito comercial, las ventas del producto contractual a distribuidores autorizados que operen al por menor.

⁴² Véanse los párrafos 47 a 64 de las Directrices sobre restricciones verticales.

⁴³ Los párrafos 50 y siguientes de las Directrices sobre restricciones verticales definen qué se entiende por territorio o grupo de clientes en exclusiva, así como los conceptos de venta activa y venta pasiva, con un especial énfasis a la problemática que presenta esta dicotomía de las ventas en el ámbito de internet. Sobre esta concreta problemática, véase FORTUNA DE OLIVEIRA, A., "Distribuição selectiva e a Internet: alguns comentários", ADI Vol. 28 (2007-2008), pp. 191 a 208. El artículo 17º de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de distribución de 2006 contiene una prohibición legal de las ventas activas del distribuidor exclusivo, y declara ilícitas la restricción de las ventas pasivas, todo ello cualquiera que sea la cuota de mercado del proveedor.

En el párrafo 55 de las Directrices se incluyen algunas aclaraciones con respecto a las orientaciones anteriores. En concreto, explica que las restricciones permitidas en relación con las ventas a distribuidores no autorizados abarca no solamente el territorio en el que opera la red de distribución selectiva, sino también aquel territorio en el que el proveedor no está presente todavía y que proyecte estar en el futuro (lo que se ha llamado, la “excepción de los territorios vírgenes”).

4° Por último, en un sistema de distribución mixta, en el que por ejemplo, concurren un distribuidor mayorista en exclusiva que suministra a un red de distribución selectiva al por menor, aunque en general no estaría permitido restringir las ventas (pasivas y/o activas) entre los miembros autorizados de la red (ni obligar por tanto a los minoristas a suministrarse de una única fuente), las Directrices aclaran la admisión de una excepción temporal en el supuesto de que los mayoristas tengan que invertir en actividades promocionales dentro del territorio asignado para apoyar las ventas de los minoristas. Se admitirían por tanto restricciones puntuales a las ventas activas de otros mayoristas en el territorio asignado al objeto de evitar problemas de *free-riding* (párrafo 63 de las Directrices).

5° Restricciones en mercados postventa:
Por último, la restricción especialmente grave de la letra e) del artículo 4° del RECAV es específica del sector de piezas de recambio o componentes, de tal forma que en los acuerdos celebrados entre un fabricante de piezas de recambio y un comprador que incorpora estas piezas a sus propios productos (fabricante de equipo original) no pueden impedir o restringir, ya sea directa o indirectamente, las ventas de estas piezas de recambio por parte del fabricante a los usuarios finales, los reparadores o los proveedores de servicios independientes.

Las restricciones verticales especialmente graves sometidas por el artículo 5° del RECAV a la regla de la disociabilidad son las siguientes obligaciones contractuales⁴⁴:

1° No competencia: las cláusulas de no competencia indefinidas o de duración superior a cinco años, entendiéndose que existe cláusula de no competencia cuando el proveedor exija al comprador que adquiera de él o de otra empresa que este designe más del 80% del

total de sus compras de los bienes y servicios objeto del contrato y sus sustitutos durante el año precedente, excluyendo la posibilidad de que el comprador adquiera bienes o servicios de la competencia o limitando tales compras, a menos del 20% del total de sus compras.

Pero esta prohibición tiene en el RECAV dos excepciones. La primera afecta a aquellos casos en los que el comprador revende los bienes o servicios desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el proveedor, porque en tales casos no resulta razonable esperar que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad sin su permiso, de ahí que la cláusula de no competencia puede tener la misma duración que el período de ocupación del punto de venta por parte del comprador (artículo 5.2 RECAV).

No podrán en todo caso acogerse a esta excepción las construcciones artificiales de propiedad destinadas a eludir la vigencia máxima de cinco años, bastante frecuentes en el sector de la distribución minorista de combustibles de vehículos automóviles en estaciones de servicio.

2° No competencia *ex-post*: la segunda de las excepciones, recogida en el apartado b) del apartado 1 del artículo 5° del RECAV y en el apartado 3 del mismo artículo, se refiere a las cláusulas de no competencia *post-contractuales*, que quedan cubiertas por la exención por categoría si cumplen los tres requisitos siguientes: a) que sea indispensable para proteger los conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador, b) que se circunscriba al punto de venta desde el que el comprador haya operado durante el período contractual y, c) que se limite a un período máximo de un año tras la expiración del acuerdo.

3° Marca única: la letra c) del artículo 5° del RECAV sitúa fuera de la exención por categoría la obligación de marca única en los sistemas de distribución selectiva; es decir, el Reglamento prohíbe la combinación de distribución selectiva con una obligación de no competir, que impediría al distribuidor autorizado revender marcas competidoras.

⁴⁴ Véanse los párrafos 60 a 69 de las Directrices sobre restricciones verticales.

Lo que se pretende con la exclusión de esta cláusula es evitar una especie de *boicot* colectivo por parte de los proveedores que utilizan las mismas salidas de distribución selectiva, impidiendo a uno o varios competidores específicos servirse de estas salidas para distribuir sus productos.

2. Las principales novedades introducidas por el Reglamento N° 330/2010 de restricciones verticales y sus Directrices de aplicación

Ante la expiración del antiguo RECAV el 31 de mayo de 2010, la Comisión y las Autoridades nacionales de competencia (AANN) trabajaron durante meses en la preparación de la nueva normativa de competencia aplicable a los acuerdos verticales. El objetivo de la reforma era básicamente la simplificación y liberalización de la normativa, así como el tratamiento de nuevas formas de distribución de importancia creciente en la economía, como las ventas por internet.

Así, desde principios de 2008 el grupo de restricciones verticales de la *European Competition Network* (ECN) estuvo trabajando en la reforma del RECAV. Entre las cuestiones generales sometidas a debate, la Comisión preguntó sobre el mantenimiento del clásico esquema Reglamento y Directrices. Con la excepción de un país, que propuso regular las restricciones verticales solo a partir de unas Directrices, la mayoría de AANN y la propia Comisión se decantaron, por razones de seguridad jurídica, por el esquema habitual.

Los principales debates durante la reforma giraron en torno a dos cuestiones: el mantenimiento de las "cláusulas negras" del RECAV y las restricciones verticales en el marco del comercio por internet.

2.1. El mantenimiento de las cláusulas negras

El debate giró sobre todo alrededor de si se debía o no mantener la lista negra del artículo 4° del RECAV y, de hacerlo, su extensión. Aunque se planteó la conveniencia de ampliarla, la discusión se centró en el tratamiento que debía darse a las restricciones especialmente graves. La Comisión planteó cuatro alternativas:

a) Dejar las cosas como estaban; esto es, mantener el enfoque de considerarlas en la práctica restricciones *per se* prohibidas cualquiera que sea la cuota de mercado de las partes;

b) Mantener la lista negra, pero suavizando el enfoque resultante de la regla *per se*, de forma que el acuerdo vertical no resultaría amparado por la exención por categorías, porque se presume que incumple la prohibición de colusión del artículo 101.1 TFUE, pero se admite que las partes puedan alegar y probar eficiencias al objeto de probar la concurrencia de las condiciones de exención del artículo 101.3 TFUE;

c) Convertir la lista negra en una lista gris; es decir, ampliar el enfoque del actual artículo 5° del RECAV a la lista del artículo 4°, de modo que el Reglamento no ampara este tipo de restricciones (sin que tampoco se presuma que no cumplen los requisitos del artículo 101.3 TFUE), pero el resto del acuerdo (en su caso) podría quedar al abrigo de la exención por categoría;

d) La desaparición de la lista negra y la ampliación de la exención a este tipo de restricciones.

En todo caso, todos los miembros de grupo de trabajo parecían coincidir en la necesidad de flexibilizar o suavizar en alguna medida el tratamiento de la cláusulas negras.

La Comisión solicitó a las AANN opinión sobre cada una de las restricciones de la lista negra. Con relación a la prohibición del antiguo RECAV relativa a la imposición, directa o indirecta, por el proveedor al distribuidor, del precio de reventa fijo o mínimo de los productos contractuales, algunas autoridades nacionales se posicionaron a favor de una cierta flexibilización de la prohibición, abogando por la necesidad de un mayor análisis de caso por caso de las prácticas de imposición del precio de venta al público, sobre la base de que este tipo de prácticas, en ausencia de poder de mercado, no generan efectos negativos sensibles sobre la competencia y pueden tener efectos pro competitivos, como acabar con los distribuidores *free-riders*.

Por el contrario, la Comisión y otros países observaron que este enfoque podría conllevar una considerable carga de trabajo para la autoridad de competencia, obligada a probar los efectos negativos de la práctica de fijación del precio de venta al público, cuando a su criterio resultaba altamente improbable que tales prácticas pudieran generar eficiencias apreciables.

Este debate sobre el tratamiento *antitrust* de las prácticas de fijación vertical del precio de

reventa había reverdecido desde la conocida como sentencia *Leegin* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos⁴⁵, que dió la puntilla definitiva a casi cien años de vigencia de su doctrina *Dr. Miles*⁴⁶. El Alto Tribunal estadounidense consideró que existía literatura económica suficiente que probaba la existencia de eficiencias en este tipo de prácticas (entre otras, intensificación de la competencia intermarca al facilitar la entrada de nuevos productos, disminución de las prácticas de parasitismo, o una mayor intensificación de la competencia intramarca en la calidad del servicio prestado por el distribuidor) y, por ello, la conveniencia de sustituir la prohibición *per se* de las prácticas de fijación de precios mínimos de reventa por un enfoque caso por caso a partir de la *rule of reason*. Así, a partir de *Leegin*, las autoridades y tribunales estadounidenses deben ponderar los efectos restrictivos y los *pro competitivos* de las cláusulas de fijación de precios de reventa teniendo en cuenta tres factores: la existencia o no de poder de mercado, de qué parte del acuerdo surge la iniciativa de fijar el precio mínimo de reventa, y el número de productores (cuota de mercado) que utiliza esta práctica comercial.

Siguiendo la estela de la doctrina *Leegin*, considerando que las restricciones verticales solo pueden tener efectos negativos relevantes sobre la competencia efectiva cuando no existe suficiente competencia intermarca, sea porque el proveedor tiene poder de mercado o sea porque existe riesgo de colusión como consecuencia de la existencia de redes paralelas de acuerdos verticales de efectos equivalentes⁴⁷, parecía aconsejable un enfoque más flexible, no solamente de la práctica de fijación del precio fijo o mínimo de reventa, sino de todas las restricciones de la lista negra del artículo 4º del RECAV.

Los estudios económicos permiten, al menos, concluir que este tipo de restricciones no se pueden considerar, por sí mismas, globalmente anti competitivas. Además, la experiencia de las autoridades de competencia permitiría afirmar que cabe descartar la existencia de efectos

significativos en cualquier conducta vertical realizada por operadores con menos del 10% de cuota de mercado en los mercados considerados. Así las cosas, a juicio de esta autor, habría sido aconsejable acometer una forma de flexibilización del enfoque del antiguo RECAV (que, como veremos, no prosperó), extendiendo el ámbito de aplicación del RECAV a toda restricción vertical entre operadores con menos del 10% de cuota de mercado y en ausencia de redes paralelas de acuerdos verticales de efectos similares. Por encima de ese umbral de cuota de mercado, el acuerdo vertical no quedaría cubierto por el Reglamento, pero tampoco se presumiría ilegal, siendo entonces necesario un enfoque caso por caso sobre la base del análisis de los efectos positivos y negativos con relación a la competencia.

En definitiva, se trataba de extender el principio de legalidad absoluta de las restricciones verticales para empresas que, por cuota de mercado, no están en condiciones de ejercer una presión competitiva muy significativa en mercados en los que no existe riesgo de colusión (entre proveedores o entre distribuidores) por la existencia de redes paralelas de acuerdos verticales de efectos similares, mientras que por encima del 10% de cuota de mercado las empresas tienen la oportunidad de alegar y probar la naturaleza globalmente competitiva de sus sistema de distribución restringida.

Este enfoque mixto para las restricciones especialmente graves no tendría además que comportar mayor carga de trabajo para las autoridades de competencia que el que supone la propia lista negra del RECAV, si se considera que un grupo significativo de acuerdos quedarían exentos en virtud de la citada regla del 10%.

La práctica del TDC y de la CNC había reflejado la tramitación de denuncias relativas a restricciones verticales, incluidas en los artículos 4º y 5º del antiguo RECAV (equivalentes a los del actual RECAV), cuyo impacto en la competencia efectiva había sido nulo o muy limitado⁴⁸.

⁴⁵ *Leegin Creative Leather Products Inc. V. PSKS, Inc.*, 127 U.S. 2705 (2007). La sentencia contó con cinco votos a favor y cuatro en contra. En nuestra doctrina, por todos, HERRERO SUÁREZ, C. "La fijación de los precios de reventa. ¿nuevos vientos?", *RCD*, núm. 4 - 2008, pp. 53 a 88.

⁴⁶ Caso *Dr Miles Medical Co. V. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373 (1911).

⁴⁷ En este sentido, en nuestra doctrina ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Una nueva ocasión para acabar con la excepcionalidad de la prohibición del PVP impuesto en Europa: La sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Leegin*", disponible el 21 de abril de 2009 en http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/jaar%20-%20acuerdos%20verticales%20-%20sentencia.pdf. Contra, HERRERO SUÁREZ, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁸ Entre otras, para dos casos de fijación vertical del precio de venta al público por un proveedor con una cuota del 2%, véanse la RTDC de 2 de noviembre de 2004, Expediente N° 278/04, Eko-Ama Mondariz y la RTDC de 31 de mayo de 2005, Expediente N° 579/04 Asturcolchón/Tempur. Más recientemente, sobre este tipo de prácticas y otras de la lista negra, véanse: RCNC de 23 de octubre de 2007, Expediente N° 618/06 Logimail/Unipost; RCNC de 27 de noviembre de 2007, Expediente N° R 691/06

Los recursos personales y materiales empleados en la tramitación de estos expedientes se podrían haber empleado en la detección y represión de conductas más dañinas para el bienestar del consumidor y de la sociedad en general, como sin duda lo son las restricciones verticales con efectos horizontales o en "T invertida".

Dentro de esa práctica reciente de nuestra autoridad nacional de la competencia, el caso Aceites 2 refleja con claridad la gravedad de estas restricciones verticales en "T invertida", una expresión utilizada por vez primera en el Pleno del TDC en el debate del caso y que, tal vez, por su potencia gráfica se ha popularizado entre quienes intervienen en la práctica del Derecho *antitrust* en España. La Resolución del TDC⁴⁹ analizó los acuerdos verticales alcanzados por el proveedor de aceites comestibles en el territorio nacional con ocho de las primeras cadenas de distribución minorista para fijar el precio mínimo de venta al público de las marcas de aceite de oliva y de girasol más destacadas en el mercado. Fueron sancionadas con importantes multas tanto el fabricante como (a diferencia de anteriores expedientes de prácticas restrictivas verticales, en los que se llegó a exonerar de responsabilidad o de multa al distribuidor minorista), a los distribuidores minoristas pues la práctica vertical favorecía de forma directa y por igual los intereses económicos de ambas partes, con grave daño al bienestar de los consumidores.

En efecto, el TDC apreció que con la fijación del precio mínimo de venta al público de sus aceites, el proveedor lograba el mantenimiento de unos precios estables que, a su vez, evitaba las hasta entonces frecuentes negociaciones con los minoristas consecuencia de la variabilidad de los

precios de la materia prima, así como que dejaran de utilizar sus marcas como "productos estrella" o "productos gancho", objeto de frecuentes rebajas y ofertas para atraer a la clientela. En tanto que, los distribuidores minoristas conseguían dejar de competir en el precio de los aceites de las marcas más vendidas, lo que, a su vez, les permitía no estrechar en demasía sus márgenes de beneficio en los aceites de marca blanca situados siempre, por estrategia comercial del minorista, por debajo de los precios de las marcas comerciales de mayor prestigio.

Finalmente se impuso una de las opciones más conservadoras, que mantuvo la lista negra de cláusulas prohibidas y presumiendo el incumplimiento de la prohibición del artículo 101.1 TFUE de restricciones verticales con cláusulas negras, pero admitiendo para algunos casos la posibilidad de alegar y probar eficiencias (opción b) de las enumeradas anteriormente)⁵⁰. Básicamente, para la fijación de los precios de reventa.

En nuestro país, no obstante, el artículo 3º RDC, conforme con el artículo 5º LDC, dispone que las autoridades de competencia pueden declarar de menor importancia (ie. "de *minimis*") conductas realizadas por empresas con una cuota de mercado menor a la establecida en el propio RDC (artículo 1º) o incluso conductas incursas en la lista negra del artículo 2º RDC que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de una manera significativa a la libre competencia. Por tanto, sí se permite conforme a nuestra legislación y jurisprudencia⁵¹, cierta flexibilización en el tratamiento de las cláusulas negras del RECAV en combinación con las normas de *minimis*⁵².

DISA; RCNC de 21 de julio de 2008, Expediente N° 634/07, MDC Ingeniería / Productos Haller; RCNC de 23 de septiembre de 2008, Expediente N° 2740/06 Total; RCNC de 28 de septiembre de 2008, Expediente N° 2739/06 AGIP; RCNC de 28 de enero de 2009, Expediente N° 2659/Rotores.

⁴⁹ RTDC de 21 de junio de 2007, Exp. N° 612/06. Al productor se impuso una multa de 2.000.000 millones de euros, y a los distribuidores multas que oscilan entre los 413.800 euros y los 85.000 euros. La Resolución del TDC fue anulada por el Tribunal Supremo, Sentencia de 10 de diciembre de 2009, por cuestiones procedimentales, sin que llegase a analizar el fondo del asunto.

⁵⁰ Esta solución, en realidad ya estaba presente en el régimen anterior, porque si bien el párrafo 46 de las antiguas Directrices relativas a las restricciones verticales afirmaban que era "poco probable" que un acuerdo vertical que incluyese restricciones de la lista negra del antiguo RECAV cumpliera las condiciones de exención del artículo 101.3 TFUE, no lo era menos que las mismas Directrices, poco más adelante, en el párrafo 62 decían que los acuerdos verticales que quedaban fuera del RECAV no se presumirían "ilegales, si bien cabe la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente. Cuando se demuestre la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia, las empresas podrán demostrar su alegaciones de eficiencia y explicar por qué un determinado sistema de distribución podría producir efectos que son pertinentes para las condiciones de exención..." del artículo 101.3 TFUE.

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/19/ 2009, FJ 4º, asunto MDC Ingeniería/Productos Haller.

⁵² Ver en el siguiente apartado la solución alcanzada por la CNC en el asunto Corral de las Flamencas, Resolución del Consejo de la CNC de 3 de diciembre de 2009, Expediente N° S/0105/08, donde el Consejo de la CNC aplicó por primera vez el artículo 5º de la LDC en relación con el artículo 3º del RDC.

2.2. Las restricciones verticales en el marco del comercio por internet

Las restricciones que debían o no imponerse a las ventas por internet concentraron también buena parte del debate entre las AANN, la Comisión y las observaciones recibidas durante el proceso de reforma.

La regulación en torno a los sistemas de distribución selectiva se mantuvo básicamente sin variaciones. Así, se seguían considerando amparadas por la exención del RECAV las restricciones a las ventas tanto activas como pasivas por los miembros de un sistema de distribución selectiva a distribuidores no autorizados. No obstante, se mantuvo la prohibición de cualquier restricción a las ventas entre los miembros autorizados del sistema, incluso si operan en distintos niveles de la distribución (ie. suministros cruzados) y las restricciones de las ventas a los usuarios finales en el marco de un sistema de distribución selectiva que operen en el nivel minorista.

Por otro lado, se mantuvo la admisión de prohibiciones de ventas desde establecimientos no autorizados o, lo que es lo mismo, obligar a que las ventas se realicen desde un establecimiento autorizado por el proveedor. En cuanto a los sistemas de distribución en exclusiva, también se mantuvieron básicamente las mismas especificaciones, con la novedad de que se admitieron respecto de estos sistemas la posibilidad de prohibir ventas desde establecimientos no autorizados, como ya se venía admitiendo en relación con las redes de distribución selectivas.

Lo anterior tiene un impacto directo en el tipo de restricciones que se considerarán amparadas por el RECAV en el marco del comercio electrónico o por internet. Como se puede advinar, y en la medida en que el RECAV sitúa el umbral de la excepción en función de si se trata de ventas activas o ventas pasivas o de la existencia o no de suministros cruzados, la cuestión principal que suscitan las ventas por internet es la relativa a qué consideración debe darse a las ventas desde una plataforma web (ventas activas o pasivas) y si se pueden exigir determinadas obligaciones a los distribuidores especializados en las ventas por internet.

Los párrafos 52 a 56 de las Directrices establecen una serie de orientaciones prolijas (incluso para algunos, en demasía) específicas para el ámbito del comercio electrónico. Podemos resumirlas en los siguientes puntos.

Las siguientes obligaciones impuestas por el proveedor no quedarían amparadas por la exención del RECAV y estarían prohibidas por el apartado 1 del artículo 101º TFUE:

La reserva por parte del proveedor de las ventas por internet en exclusiva;

- a) La imposición a distribuidores de la obligación de redireccionar a los compradores a la página web del distribuidor de origen o que se trate de limitar de alguna otra forma a los clientes de otro territorio exclusivo, consultar su página web.
- b) Limitar de cualquier forma los idiomas en los que se ofrecen los productos o servicios en las páginas web.
- c) Vender los productos y servicios a los distribuidores a precios distintos según si los productos van a ser vendidos *online* o en un establecimiento "físico". De la misma forma, tampoco se podrá exigir a los distribuidores que apliquen un precio distinto según se trate de ventas *online* u *offline*.
- d) Fijar un porcentaje máximo de ventas *online* a los distribuidores. Esto es, el proveedor no podrá limitar las cantidades que el distribuidor puede vender a través de internet, sin perjuicio de que sí se puede exigir al distribuidor que venda una determinada cantidad mínima, en términos absolutos –ie. no porcentuales– en valor o en volumen de los productos *offline*.
- e) Exigir al distribuidor que interrumpa o termine de cualquier otra forma la transacción en internet si los datos de la tarjeta de crédito del consumidor revelan que su residencia se sitúa fuera del territorio asignado en exclusiva.

Por otro lado, según especifican las Directrices, las siguientes restricciones u obligaciones por parte del proveedor sí quedarán amparadas por la exención del RECAV:

- a) Exigir locales o establecimientos físicos a sus distribuidores, lo que en la práctica permite excluir a distribuidores que únicamente operen en internet. Esta fue quizá una de las cuestiones más debatidas durante el proceso de reforma, considerándose finalmente aceptable con el objeto de evitar el problema de parasitismo de las inversiones realizadas por los distribuidores que venden al público desde locales físicos.
- b) Exigir determinados criterios de calidad a las páginas y plataformas web de sus distribuidores,

ya sean propias o de terceros (por ejemplo, garantías de pago seguro, tratamiento de datos personales, servicios de asistencia técnica, garantías de devolución, etc., además de otros criterios que puedan ser comunes a la red de distribución). Las Directrices matizan que los criterios de calidad exigidos para la venta por internet deben ser equivalentes a los impuestos para la venta en establecimientos físicos. Ello no significa necesariamente que deban seguir los mismos criterios, sino que deben seguir los mismos objetivos y alcanzar resultados comparables teniendo en cuenta la distinta naturaleza de los dos modelos de distribución *online* y *offline*.

- c) Restringir el uso de plataformas de terceros, como por ejemplo *eBay* o *Amazon*, si no respetan los mismos criterios de calidad que exige el proveedor a sus distribuidores para el uso de internet. En concreto, las Directrices mencionan la posibilidad de restringir las ventas en internet a través de plataformas de terceros si los clientes para comprar tienen que entrar a través de una página *web* con el nombre o logo de la plataforma de dicho tercero.
- d) Exigir ventas mínimas *offline* en términos absolutos (ie. una determinada cantidad fija que no dependa del total de las ventas que el distribuidor puede realizar en otros canales, como internet). Esta cantidad de las ventas en el establecimiento podría fijarse en valor o en volumen y normalmente se justifica por la necesidad de garantizar la eficiencia del establecimiento físico. Por otro lado, dicha cantidad puede ser la misma para todos los distribuidores, o bien determinarse individualmente para cada uno de ellos a partir de criterios objetivos⁵³.
- e) Dar un canon de apoyo fijo para ayudar al distribuidor en sus esfuerzos comerciales, ya sea para las ventas por medio de Internet o para las ventas en un establecimiento "físico". Por el contrario, se excluye específicamente de la exención del RECAV la posibilidad de dar un canon variable, en que el importe aumente en función del volumen de negocio realizado en alguno de los dos canales, pues ello podría conllevar una fijación de precios duales según el canal de distribución empleado.
- f) Exigir distintos criterios para las ventas *offline/online* como, por ejemplo, tiempo de entrega, servicios de garantía, etc.

Finalmente, el RECAV fue adoptado el 20 de abril de 2010 y sus Directrices de aplicación fueron publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea apenas un mes más tarde, el 19 de mayo de 2010, con el resultado descrito en el apartado anterior.

3. Conclusión

Como se ha visto, el resultado del proceso de reforma cuyas grandes líneas de debate se han descrito, fue el Reglamento N° 330/2010 o RECAV. Básicamente tanto el RECAV como sus Directrices de aplicación mantienen una línea continuista respecto de la anterior normativa.

Las grandes novedades se limitan, como hemos visto, a cierta (aunque muy limitada) apertura en relación con el tratamiento de las cláusulas negras y al tratamiento de las ventas por internet. También se introdujo un doble umbral para la aplicación de la exención por categorías del RECAV: ahora exige una cuota de mercado inferior al 30% no solo al proveedor, sino también al comprador.

No obstante, no se espera que las modificaciones efectuadas vayan a suponer un cambio trascendental en el tratamiento de las relaciones de distribución en nuestro país.

El establecimiento del doble umbral apenas tendrá previsiblemente significación para las grandes cadenas de distribución en la medida en que sus cuotas en los mercados de abastecimiento, generalmente de ámbito nacional o superior, no suelen ser tan significativas como sus cuotas de venta localmente. En cuanto a las ventas por internet, estará por ver el impacto de las precisiones de las Directrices, aunque ya hay voces que apuntan al excesivo detalle de las mismas en un sector en constante y rapidísima evolución, difícil de plasmar en un cuerpo normativo.

En todo caso, el consenso generalizado tanto entre la Comisión, AANN y operadores en torno al funcionamiento eficaz del esquema del Reglamento de Exención y Directrices y el mantenimiento de las grandes líneas de ambos documentos en el actual RECAV N° 330/2010 y Directrices, no hace sino comprobar el éxito de la reforma de este sector iniciada en el ámbito comunitario en la década de 1970 y modernizada definitivamente a finales de la década de 1990 con el Reglamento N° 2790/1999 y sus Directrices de aplicación.

⁵³ La posición de la CNC durante el proceso de reforma fue escéptica en relación con esta posibilidad por su potencialidad para restringir la competencia intramarca.