

LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN Y EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS EXPERIENCIAS NORTEAMERICANA Y EUROPEA¹

PROF^a DR^a D^a MERCEDES CURTO POLO

Área de Derecho Mercantil

Universidad de Salamanca

1. Planteamiento general *(Alto nivel) (máximo)*

La distribución comercial ha experimentado un importante proceso de transformación dado que, desde los modelos tradicionales basados en la pura idea de intercambio de mercaderías, se ha llegado a las actuales técnicas de integración de distintos empresarios en torno a una marca, a través de las cuales se pretende economizar costes, uniformar la producción y conseguir así el máximo beneficio. Dado que el fabricante o proveedor consigue esa integración sometiendo a sus distribuidores a importantes restricciones, los acuerdos de distribución merecen una atención especial desde el punto de vista de las normas que tratan de asegurar la libre competencia. En concreto, los acuerdos de distribución pueden suponer una limitación de la competencia vertical, dado el distinto nivel en el que se encuentran los participantes en el acuerdo².

El propósito del presente trabajo es exponer, de una forma sucinta, el tratamiento recibido por los acuerdos de distribución desde la perspectiva del Derecho de la

1 El presente estudio tiene como origen una petición formulada por los alumnos de la Maestría en Asesoría Jurídica de Empresas de la Universidad Centroamericana de Managua al hilo de las clases impartidas durante los días 28 a 31 de julio de 2003. La autora desea mostrar su satisfacción ante el requerimiento y su agradecimiento a las autoridades universitarias por su gentil invitación a participar en el Curso y por la publicación de este trabajo en la Revista de la UCA.

2 Pese a esta afirmación general, conviene tener en cuenta que también es posible una restricción de la competencia horizontal por la colusión entre proveedores o distribuidores que se encuentran en el mismo nivel. Así, a modo de ejemplo, en un sector del mercado en el que sea frecuente la distribución exclusiva, los proveedores pueden ponerse de acuerdo para impedir la entrada de un competidor, lo cual será posible debido a la vinculación que mantienen los distintos distribuidores del sector con los diferentes proveedores.

competencia tanto en la legislación y práctica estadounidenses como europeas. Para ello, en primer lugar, se analizará el marco normativo en el que se encuadran las restricciones verticales, así como la interpretación que, en líneas generales, realizan las autoridades de competencia de las mismas³. Con posterioridad, y tras un breve examen general de las restricciones verticales, se pasará a estudiar las restricciones más graves que han merecido una especial atención desde el punto de vista del Derecho de la libre competencia.

2. Marco legal

La política antitrust de Estados Unidos se basa en tres normas fundamentales. Por un lado, la norma general es la Sherman Act de 1890, la cual prohíbe los acuerdos que restringen el comercio y todo intento de monopolizar el mercado. En segundo lugar, la Clayton Act de 1914 regula ciertas formas de conducta en el mercado como la discriminación de precios, los acuerdos vinculados, los acuerdos de exclusividad o las fusiones horizontales. Y, por último, la Federal Trade Commission Act de 1914 estableció una agencia administrativa (la Federal Trade Commission o FTC) para investigar los métodos de competencia desleales. En particular, cabe destacar que las restricciones verticales en la práctica estadounidense son enjuiciadas en relación con la aplicación de los artículos 1⁴ y 2⁵ de la Sherman Act y el artículo 3 de la Clayton Act⁶. Las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de estas normas son las llamadas "agencias antitrust" (la División Antitrust del

3 Con carácter previo a la cita de asuntos relevantes tanto en la jurisprudencia estadounidense como europea, cabe señalar que la misma puede ser encontrada en las direcciones de internet <http://findlaw.com/cascode/supreme.html> (para la práctica norteamericana) y <http://curia.eu.int> (para la europea).

4 De acuerdo con el párrafo 1 de la Sherman Act, queda prohibido "todo contrato, acuerdo o conspiración que restrinja el comercio...". En realidad, estos tres conceptos deben ser entendidos como uno sólo: acción concertada (*concerted action*) por parte de dos o más empresas. Con la terminología empleada se quiere poner de manifiesto que no sólo caen bajo el ámbito de aplicación de las normas de libre competencia los acuerdos vinculantes, sino también los *gentlement agreements* o pactos entre caballeros y aquellos acuerdos que son muy difíciles de probar porque las partes han tomado medidas para que no salgan a la luz. SULLIVAN L.A., *Antitrust*, West Publishing Company, Minnesota, 1976, p.311. Este concepto amplio de las prácticas que caen bajo la aplicación del párrafo 1 de la Sherman Act se repite en el art. 81. 1 TCE y, por ende, en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia española.

5 El párrafo 2 de la Sherman Act sanciona toda monopolización o intento de monopolización llevados a cabo por una o por dos o más personas. En este sentido, a modo de ejemplo, los acuerdos de distribución exclusiva pueden caer bajo su ámbito de aplicación.

6 Según este artículo, queda prohibido establecer una cláusula de no competencia cuando ello sea susceptible de afectar sustancialmente la competencia o de crear un monopolio.

Departamento de Justicia y la FTC), aunque por supuesto, caben también las demandas de los particulares cuyos intereses se ven afectados por un concreto acto anticoncurrencial.

En la Unión Europea, dejando a un lado las normas nacionales sobre libre competencia, la política antitrust tiene como marco legal fundamentalmente los arts. 81 y siguientes del Tratado de Roma que son aplicables a las prácticas anticoncurrenciales susceptibles de afectar el comercio intracomunitario. No obstante, existe una importante normativa derivada (fundamentalmente Reglamentos de exención por categoría, Comunicaciones de la Comisión) que completan la regulación de las prácticas susceptibles de afectar la libre competencia. En el ámbito comunitario la institución encargada de aplicar estas normas es la Comisión de las Comunidades Europeas, cuyas prerrogativas superan ampliamente las atribuidas a las agencias norteamericanas⁷. Sus decisiones pueden ser recurridas ante el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Con carácter general, es preciso señalar que la principal diferencia entre la experiencia estadounidense y europea reside en el distinto enfoque realizado por las autoridades de competencia a la hora de valorar un determinado acto desde la perspectiva de la aplicación de su legislación. La práctica estadounidense consiste en realizar un adecuado análisis económico de los acuerdos susceptibles de caer bajo el ámbito de aplicación de las normas antitrust, tomando en consideración los intereses afectados, las posibles eficiencias creadas por el acuerdo, los efectos presentes y futuros en la competencia, etc., antes de decidir sancionar el acuerdo. Este análisis supone la aplicación de la llamada "*rule of reason*" o regla de razón en virtud de la cual hay que examinar detenidamente el supuesto de hecho antes de aplicar las normas de competencia. Se trata de un claro enfoque económico de la aplicación de la normativa antitrust que contrasta con el predominantemente legalista aplicado por las instancias comunitarias y nacionales en el seno de la Unión Europea. Así, la práctica comunitaria es considerar que gran parte de los acuerdos verticales caen bajo el ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE⁸.

7 Así, a modo de ejemplo, la Comisión tiene la capacidad de autorizar prácticas que caen bajo la prohibición del art. 81.1 TCE en atención a los posibles efectos competitivos de las mismas. En cambio, esta posibilidad se encuentra vedada para las agencias antitrust estadounidenses. MARQUES MENDES M., *Antitrust in a world of interrelated economies (The Interplay between Antitrust and Trade Policies in the US and the EEC)*, Institut d'Etudes européennes, Bruselas, 1991, pp. 81 y ss.

8 No obstante, la Comisión realiza un análisis económico previo, si bien de carácter limitado, para dejar fuera del ámbito de aplicación del art. 81.1 TCE los acuerdos de menor importancia. Vid. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia, D.O.C.E. C 368, de 22.12.2001, p. 13.

No obstante, con posterioridad, se realiza un análisis de los efectos económicos del acuerdo para determinar si cabe la aplicación de una exención (individual o por categoría) en el sentido del art. 81.3 TCE; exenciones que no son posibles en la práctica norteamericana⁹. La razón de estas divergencias puede encontrarse en que, dado que la Comisión tiene el monopolio en la concesión de exenciones individuales, prefiere entender que los acuerdos están prohibidos para reservarse la capacidad de exceptuarlos con posterioridad, garantizando de esta forma una cierta uniformidad en la aplicación de la normativa antitrust en todo el territorio de la Unión Europea.

Con todo, no puede equipararse el análisis realizado por la Comisión bajo el art. 81.3 TCE a la rule of reason norteamericana¹⁰. El art. 81.3 TCE establece explícitamente los factores que ha de tener en cuenta la Comisión a la hora de exceptuar un determinado acuerdo¹¹ y han de cumplirse todos estos requisitos para que el acuerdo se considere autorizado. En cambio, el análisis bajo la regla de razón es mucho más flexible puesto que los factores que han de tenerse en cuenta varían atendiendo a la naturaleza del acuerdo y a las circunstancias del mercado.

De esta forma, las autoridades competentes que realizan el análisis de la rule of reason deben preguntarse, en primer lugar, si es probable que el acuerdo lesione la competencia y prive a los consumidores de las ventajas de un sistema concu-

9 Precisamente se considera que fue la imposibilidad de exceptuar un acuerdo la que motivó que apareciera la regla de razón en la práctica americana, la cual supone realizar un adecuado análisis económico antes de considerar la práctica prohibida por la normativa antitrust. La Rule of Reason fue establecida por el Tribunal Supremo americano en el año 1911 en dos asuntos de singular importancia: *Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States* (221 U.S. 1, 69-70) y *United States v. American Tobacco Co.* (221 U.S. 106, 180-181).

10 La Comisión parece ser consciente de estas diferencias pero considera que el art. 81 (3) del TCE contiene los elementos de la regla de razón. Así, en el Libro Blanco sobre la modernización de las reglas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea (COM (1999) 101, de abril de 1999; DOCE C 132, de 12.5.1999) la Comisión rechazó expresamente la adopción de la regla de razón con fundamento en cuatro argumentos. 1/ Ello requeriría la reforma del Tratado de la Comunidad Europea. 2/ El art. 81.3 TCE ya contiene los elementos de la regla de razón. 3/ La modernización de la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia no puede hacerse depender de la evolución en la forma de tomar decisiones. 4/ La adopción de la rule of reason llevaría a dejar de lado en muchas ocasiones las normas de competencia a favor de consideraciones políticas (medio ambiente, cuestiones sociales). Vid. parágrafo 57 del Libro Blanco.

11 Así, la Comisión tiene que valorar: a) si el acuerdo mejora la distribución o la producción o si incrementa el progreso técnico o económico; b) si los consumidores participan en los beneficios resultantes de estas mejoras; c) si la restricción es indispensable para conseguir estos objetivos y d) si no se permite a las empresas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los servicios o productos en cuestión.

rencial libre. Una vez que esta pregunta inicial es respondida afirmativamente se pasa a realizar un análisis económico más profundo tratando de sopesar los efectos anticoncurrenciales con los efectos beneficiosos para la competencia. Por ello, no se trata de demostrar que la restricción era indispensable para mejorar la producción o la distribución o para promover el desarrollo técnico, sino que los efectos negativos son compensados por los efectos positivos del acuerdo. Así, es preciso hacer un adecuado balance entre el hecho de que la protección garantizada por el acuerdo puede ser necesaria para inducir al distribuidor a invertir en publicidad, en la provisión de mayor información al cliente, etc, y los efectos negativos que pueden producirse para la competencia al incrementar la capacidad para aumentar los precios, reducir la calidad o la innovación por debajo del nivel que hubiera existido probablemente de no haberse concluido el acuerdo¹².

Pese a estas diferencias, en los últimos años se observa una mayor preocupación de la Comisión por atender a los efectos económicos reales de las prácticas de las empresas, entre otras razones, por sentirse desbordada ante el ingente número de notificaciones recibidas para la concesión de exenciones individuales. Esto se pone claramente de manifiesto en el nuevo Reglamento de exención por categoría en relación con los acuerdos verticales¹³, del que nos ocuparemos en las próximas páginas. Por el mismo motivo se tiende hacia la descentralización en la aplicación de las normas comunitarias sobre libre competencia, otorgando mayores poderes a las autoridades de competencia de los Estados miembros¹⁴.

3. Consideraciones generales sobre las restricciones verticales

Mientras que las restricciones horizontales suponen acuerdos entre competidores directos, las restricciones verticales implican acuerdos entre empresas situadas en niveles de mercado diferentes. La situación más común en la que surgen problemas desde el punto de vista del derecho antitrust en las restricciones verticales es en relación con los acuerdos de distribución. La práctica demuestra que muchos distribuidores tratan de resarcirse por la cancelación de su contrato con

12 Baches Opi, Sergio, "The approaches of the European Commission and the U.S. Antitrust Agencies towards exclusivity clauses in licensing agreements", *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 24 (1), pp. 85 y ss.

13 Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (D.O.C.E. nº L 336, de 29.12.1999, p. 21).

14 Vid. Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (D.O.C.E. nº L 1 de 4.1.2003, p. 1).

un determinado proveedor imputándole a éste la violación de cierta normativa antitrust.

Existen distintas formas de distribución representativas de diferentes niveles de integración vertical. Por un lado, es posible que la empresa productora adquiera la titularidad de las empresas distribuidoras, lo cual es frecuente en las industrias básicas y de las mercancías intermedias. En cambio, en la distribución de productos de consumo, especialmente de los productos de marca, es frecuente que productor y distribuidor se mantengan como operadores jurídica y económicamente independientes, si bien establecen relaciones contractuales entre ellos que, a pesar de limitar en cierta medida su capacidad de acción, permiten la consecución de ciertos objetivos comunes. Dentro de esta segunda forma de distribución, existen distintos modelos. En un extremo se encuentran las formas de distribución como la franquicia que implican la adopción total de los planes de negocio establecidos por el franquiciador. En el otro están aquellos contratos en los que simplemente el proveedor transmite la propiedad de la mercancía al comprador a cambio de un precio, sin ulteriores limitaciones del comportamiento entre las partes. Y en medio están toda una serie de contratos de distribución en los que el margen de actuación de las partes se ve limitado con la finalidad de conseguir una distribución más eficiente. Es en relación con esta segunda forma de distribución y, en concreto, respecto de aquellos acuerdos en los que el proveedor limita de alguna forma la capacidad de actuación de sus compradores donde encuentra mayor operatividad la normativa antitrust referida a las restricciones verticales. Y es en estas prácticas en las que vamos a centrar nuestro estudio, sin perjuicio de que seamos conscientes de que en la adquisición de las empresas distribuidoras por parte del productor se originan igualmente interesantes problemas desde el punto de vista de aplicación de las normas de la libre competencia¹⁵.

Partiendo de estas premisas es posible afirmar que las restricciones verticales implican acuerdos relativos a los precios y a otros parámetros de actuación entre empresas que operan en diferentes niveles en la cadena de distribución de un producto. Por ejemplo, puede tratarse de acuerdos entre un fabricante y sus mayoristas o entre un mayorista y sus detallistas.

15 Así, en la medida en que permita reforzar el poder de mercado o conseguir la creación de monopolios, tales prácticas serán sancionadas por el parágrafo 2 de la Sherman Act. En el ámbito comunitario será posible aplicar a estas adquisiciones la normativa referida a las concentraciones empresariales entre la que destaca el Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentraciones entre empresas, modificado por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997 (D.O.C.E. n° L 395, de 30.12.89, p. 1 y D.O.C.E. n° L 180, de 9.7.1997, p. 1)

En la práctica estadounidense se distingue claramente entre las restricciones relativas a los precios y las relativas a otros parámetros de actuación que no sean los precios. En relación con las primeras existe una opinión, más o menos consolidada, de que la imposición de precios constituye una infracción *per se* de las normas defensoras de la libre competencia. Este misma solución es aplicable a todas las prácticas que de una forma indirecta persiguen el mismo resultado. A través de estas restricciones se elimina la competencia entre los distribuidores de la misma marca, pero además se favorece la colusión o los acuerdos entre los distintos productores. Estos acuerdos son sancionados por la aplicación de la Sección 1 de la Sherman Act. Aunque durante algún tiempo (1937 a 1975) esta disposición no era aplicable en la medida en que estas restricciones fueran autorizadas por el derecho estatal (McGuire Tydings Act).

Distinto es el caso de las demás restricciones verticales pues se considera que es preciso analizar los efectos económicos de tales restricciones antes de condenarlas por la aplicación de las normas de libre competencia. En este sentido, se aplica la llamada "rule of reason" en virtud de la cual es necesario atender a las implicaciones económicas del acuerdo y no aplicar las normas legales sin más. En definitiva, impera la llamada "hospitality tradition" en virtud de la cual los acuerdos voluntarios contraídos entre el vendedor y sus distribuidores deben quedar al margen de las normas de la competencia puesto que serán las partes y el mercado los que juzguen la oportunidad del acuerdo. Si las partes involucradas llegan a ese acuerdo y los clientes sucesivos están dispuestos a asumir esos costes, esos pactos no pueden considerarse como restricciones no deseadas de la competencia.

La idea que subyace bajo este análisis económico de las restricciones verticales es que éstas son susceptibles de producir efectos beneficiosos a la par que efectos nocivos. Así, entre los objetivos competitivos que se pueden conseguir a través de las mismas cabe citar los siguientes¹⁶:

- Estandarización de las ventas y de los servicios entre los distribuidores. Ello se consigue, a modo de ejemplo, obligando a los revendedores a tener una disponibilidad de una línea completa de productos, a cumplir con la política de reparaciones del producto, de suministro de recambios autorizados o

16 Vid., al respecto, las interesantes observaciones realizadas por la Comisión en las Directrices relativas a las restricciones verticales, publicadas en el D.O.C.E. n° C 291, de 13.10.2000, pp. 1 y ss., en particular, pp. 22-24. En la doctrina estadounidense, vid. PRESTON L.E., "Territorial Restraints: GTE Sylvania", en KWOKA J.E. / WHITE L.J. (Editores), *The Antitrust Revolution*, Scott, Foresman and Company, Illinois, Boston, London, 1989, pp. 273 y ss.

de formación del personal. Esto aumenta la capacidad de atracción de un producto para el consumidor final.

- Resolver problemas de parasitismo, puesto que evitan el aprovechamiento (free riding) de la publicidad y de los esfuerzos promocionales de un distribuidor por parte de otro. Así, a modo de ejemplo, los acuerdos de distribución exclusiva ponen fin a este problema. También las cláusulas de no competencia pueden impedir el aprovechamiento por parte de un proveedor de los esfuerzos realizados por otro, v.gr., cuando el proveedor ha invertido en actividades de promoción en los locales de su distribuidor y ello hace que éste vea requerido sus servicios por parte de otros proveedores.
- Incentiva a los distribuidores a explotar su propia situación en el mercado al máximo, evitando el confrontamiento con otros distribuidores de la misma marca.
- Establecimiento de estructuras comunes de costes, desaconsejando el establecimiento de precios no deseables, aunque no existan restricciones en relación con los precios.
- Apertura de nuevos mercados. Cuando un fabricante desea introducirse en un nuevo mercado geográfico normalmente exige de su distribuidor importantes inversiones que éste sólo llevará a cabo si tiene garantizada la exclusiva territorial.

Por otro lado, las restricciones verticales también pueden provocar un daño, fundamentalmente en dos sentidos. Primero, pueden facilitar la colusión entre competidores ayudándoles a superar los obstáculos que encontrarían si quisieran mantener unos precios anticompetitivos. En segundo lugar, dado que se puede cerrar el paso a las empresas competidoras o ponerlas en situaciones desventajosas, las restricciones verticales son capaces de crear barreras de entrada o de expansión. En definitiva, las restricciones verticales pueden provocar la colusión o la exclusión de empresas competidoras¹⁷.

Con carácter general se puede afirmar, por tanto, que en los Estados Unidos el derecho antitrust es aplicado de una forma más flexible en relación con las restricciones verticales que respecto a las horizontales. En realidad, algunos autores

17 PITOFSKY R., "Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers. A U.S. Perspective", Conferencia presentada ante el Fordham Corporate Law Institute, 24th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, 16-17 Octubre, 1997 (<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/fordham7.htm>)

consideran que las únicas restricciones verticales que deberían prohibirse son aquellas que ocultan una restricción horizontal. Tal sería el caso en el que un grupo de distribuidores concurrentes inducen a un fabricante a terminar su relación con otro distribuidor determinado dado que éste lleva a cabo una política de precios perjudicial para el resto de distribuidores. Otra parte de la doctrina, en cambio, es más favorable a aplicar el derecho antitrust en aquellos supuestos en los que se limita la libertad de acción de algún operador económico, sobre todo, en relación con los mercados en los que puede vender, o los precios a los que puede distribuir sus productos.

En 1985, el Departamento de Justicia de EEUU promulgó unas directrices acerca del enjuiciamiento de las restricciones verticales (*Vertical Restraints Guidelines*), las cuales carecían de fuerza vinculante, pero sirvieron para expresar la posición del Departamento de Justicia al respecto, influyendo en la jurisprudencia y aumentando la seguridad jurídica entre los operadores económicos. La idea general que inspira estas directrices es que las restricciones verticales que no estén referidas a los precios no son ilícitas per se, sino que, siguiendo a la Escuela de Chicago, habrán de ser valoradas bajo la *rule of reason*. Según esta opinión, es preciso distinguir las consecuencias que de las restricciones verticales se derivan para la competencia interbrand (entre marcas) e intrabrand (en el seno de una misma marca). Mientras que las restricciones verticales que afectan la competencia interbrand tienen un impacto muy negativo en el bienestar económico, aquéllas que afectan solamente la competencia intrabrand representan una amenaza anticoncurrencial pequeña y, sin embargo, implican una cierta forma de integración entre diferentes niveles de producción y distribución susceptible de crear eficiencias. No obstante, en orden a valorar estos acuerdos desde el punto de vista de las normas de libre competencia es preciso tener en cuenta la situación que ocupan las partes en el mercado, puesto que si alguna de ellas disfruta de un gran poder de mercado es probable que ese poder se extienda al resto de los niveles en los que actúa a través de la integración vertical; igualmente, es necesario atender a la posible existencia de barreras de entrada para los competidores como consecuencia de la integración vertical, dado que esto es susceptible de afectar sustancialmente la competencia.

En 1993 el Departamento de Justicia retiró estas directrices dado que, en opinión de la Antitrust Division del Departamento de Justicia, en palabras de su representante Anne K. Bingaman, "las Directrices sobre las restricciones verticales ya no reflejan el actual análisis realizado por la División (Antitrust Division of the Department of Justice) de las prácticas verticales y no coinciden con la interpretación judicial de las normas antitrust...". De hecho, desde sus orígenes estas directrices habían sido controvertidas por seguir sin género de dudas la doctrina de la Escuela de

Chicago. Así, a diferencia de lo que ocurrió con las Directrices sobre las colusiones horizontales publicadas por el Departamento de Justicia en 1982, la FTC no ratificó las directrices sobre las restricciones verticales¹⁸. Esta retirada implica que las autoridades de competencia tienen la intención de ser más rigurosos en el análisis de las restricciones verticales, dado el reconocimiento de los posibles efectos perniciosos que las mismas pueden tener para la competencia.

En cambio, la postura de la Comisión Europea en relación con las restricciones verticales es más formalista, sobre todo, hasta fechas recientes. Hasta la promulgación del Reglamento (CE) n° 2790/1999, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, existían distintos Reglamentos que establecían exenciones por categoría para diferentes acuerdos de distribución. Estos eran el Reglamento (CEE) n° 1983/83, relativo a los acuerdos de distribución exclusiva¹⁹, el Reglamento (CEE) n° 1984/83, relativo a los acuerdos de compra en exclusiva²⁰; el Reglamento (CEE) n° 4087/88, relativo a los acuerdos de franquicia²¹ y el Reglamento (CEE) n° 1575/1995, relativo a los acuerdos de venta y postventa de vehículos automóviles²². En estos Reglamentos, la Comisión enumeraba un exhaustivo clausado que podía ser clasificado en tres grandes grupos: 1/ cláusulas que no eran susceptibles de afectar a la libre competencia (lista blanca); 2/ disposiciones anticoncurrenciales pero que quedaban autorizadas por sus efectos beneficiosos (lista gris) y 3/ cláusulas que en ningún caso podían ser autorizadas y cuya concurrencia determinaba que el acuerdo quedase fuera de la exención por categoría (lista negra). La excesiva regulación de estos acuerdos, susceptibles de entrar en el ámbito de aplicación de estos Reglamentos, tenía como ventaja fortalecer la seguridad jurídica, pero, al mismo tiempo, ocasionaba una cierta rigidez contraria a la rapidez en la evolución de las técnicas de distribución actuales. La idea que subyacía a esta regulación era que la Comisión consideraba que debían prohibirse todas las restricciones verticales susceptibles de afectar la competencia en el mercado intracomunitario, tanto las relativas a la competencia intermarca como a la intramarca. Y ello por considerar que la política de competencia comunitaria está al servicio de abrir los mercados con vistas a la consecución

18 KAMERSCHEND., "The 1985 Federal Vertical Restraints Guidelines: Requiescat in Pace", en <http://coba.gasou.edu/centers/pub/Southern%20Business%20Review/spring2000/David%20Kamerschen.htm>

19 D.O.C.E. n° L 173, de 30.6.1983, p. 1.

20 D.O.C.E. n° L 173, de 30.6.1983, p. 5

21 D.O.C.E. n° L 359, de 28.12.1988, p. 46.

22 D.O.C.E. n° L 145, de 29.6.1995, p. 25.

de un mercado único y las restricciones verticales, sobre todo las territoriales, son susceptibles de impedirlo.

Este panorama normativo ha variado sustancialmente pues el Reglamento (CE) n° 2790/1999, de 22 de diciembre, ha derogado los Reglamentos anteriores en materia de contratos de distribución, a excepción del relativo a la distribución de vehículos de motor que ha sido recientemente sustituido por el Reglamento (CE) n° 1400/2002 de la Comisión, 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 motor²³. El nuevo Reglamento de exención por categoría referido a las restricciones verticales se caracteriza fundamentalmente por tres notas:

- 1) Un enfoque económico: Sólo se benefician de la exención por categoría empresas cuyo poder de mercado se encuentra dentro de ciertos límites que el propio Reglamento precisa. Para determinarlo, se recurre a la cuota de mercado de las empresas participantes en el acuerdo. En concreto, quedarán sujetos a la exención aquéllos acuerdos entre proveedores y distribuidores cuya cuota de mercado no exceda del 30%.
- 2) Un enfoque unitario: Se somete, en lo esencial, a un mismo régimen jurídico a una pluralidad de supuestos que, con anterioridad, eran regulados por distintos Reglamentos de exención. Ello tiene como consecuencia que se evite el problema de calificación que suponía antes la inclusión de acuerdos de naturaleza híbrida en alguno de los Reglamentos vigentes y que se consiga una mayor flexibilidad a la hora de crear nuevos sistemas de distribución.
- 3) Un enfoque simple: El Reglamento ya no contiene listas de cláusulas blancas, grises y negras, sino tan sólo la enumeración de las cláusulas que considera prohibidas en atención a los efectos negativos que tienen para la competencia en el mercado. En este sentido, se distingue entre dos tipos de cláusulas: Las especialmente graves, cuya inclusión determina que el acuerdo no se beneficie de la exención²⁴. Y las condicionadas, llamadas así porque, si se cumplen determinadas condiciones fijadas en el Reglamento, pueden incluirse sin que el acuerdo escape de la exención por categoría²⁵.

23 D.O.C.E. n° L 203, de 1.8.2002, p. 30.

24 El Reglamento contempla como restricciones especialmente graves la imposición del precio de reventa, las restricciones referentes al territorio en el que puede vender el comprador o a los clientes a los que puede vender y la prohibición de comprar los productos a otros distribuidores autorizados (art. 4).

Además, bajo la vigencia del nuevo Reglamento, no es preciso notificar previamente los acuerdos a la Comisión en aras a conseguir una mayor seguridad jurídica. En todo momento, las propias empresas podrán realizar una valoración económica de sus acuerdos atendiendo a las Directrices relativas a las restricciones verticales promulgadas por la Comisión²⁶ y, en el supuesto de que la Comisión inicie un expediente por considerar que tiene efectos contrarios a la libre competencia, será la institución comunitaria la que tenga que probar en qué medida el acuerdo afecta la competencia, mientras que las partes que formaron parte del acuerdo siempre podrán demostrar que el mismo tiene efectos beneficiosos que compensan los negativos²⁷.

En definitiva, en el nuevo marco normativo prevalece un enfoque económico de las restricciones verticales dado que las instituciones comunitarias son conscientes de los múltiples efectos positivos de las mismas, capaces, en muchas ocasiones, de compensar los efectos perniciosos de los acuerdos.

4. Las restricciones verticales en particular

4.1. Imposición del precio de reventa (*Resale Price Maintenance*).

Se trata de una de las restricciones verticales más graves que puede imponer un vendedor (sea fabricante o mayorista) a sus distribuidores porque elimina toda posibilidad de competencia en el seno de la marca (competencia intrabrand).

En EEUU la imposición del precio de reventa es considerada una violación *per se* de la Sección 1 de la Sherman Act²⁸. Pero, en la práctica, se puede intentar eludir la aplicación de las normas que tratan de asegurar la libre competencia. Así, nada impide, en principio, que un fabricante anuncie públicamente los precios fijados unilateralmente por él y a los que quiere que vendan sus distribuidores. Como es bien sabido, para que exista un acuerdo susceptible de ser prohibido por las normas de libre competencia es necesaria la concurrencia de, al menos, dos partes. Ahora bien, normalmente esta práctica va acompañada de otras que permiten al

25 Fundamentalmente como restricciones condicionadas se regula la cláusula inhibitoria de la competencia tanto durante la vigencia del contrato como tras la finalización del mismo (art. 5 del Reglamento).

26 D.O.C.E. n° C 291, de 13.10.2000, p. 1.

27 Por el contrario, bajo la vigencia de los anteriores Reglamentos era precisa la notificación previa de la mayoría de los acuerdos verticales dado que la rigidez del sistema determinaba que muchos contratos quedaran fuera del ámbito de aplicación de las exenciones por categorías y fuera necesario solicitar una exención individual.

28 Uno de los casos más significativos al respecto es *Monsanto Co v. Spray-Rite Corp.*, 465 U.S. 752 (1984).

fabricante controlar el precio al que efectivamente son vendidos sus productos (el llamado "plus factor"). De este modo se puede pedir la ayuda del resto de los distribuidores para controlar a un concreto revendedor, o amenazar al distribuidor incumplidor con la terminación del contrato. En estos casos (los más frecuentes) ya no se puede apreciar una conducta unilateral, sino que es posible hablar de contrato, acuerdo o conspiración en el sentido del art. 1 de la Sherman Act.

Dada la aplicación rigurosa de esta norma a estas prácticas, los operadores económicos no suelen establecerla en sus contratos con sus distribuidores. Por otro lado, cabe destacar que es frecuente que los distribuidores invoquen la comisión de esta práctica cuando el fabricante da por terminado un contrato y el distribuidor argumenta que esa finalización es debida a que llevó a cabo una política de precios muy competitiva que provocó las quejas del resto de distribuidores. En estos casos habrá que atender a todas las circunstancias del supuesto (correspondencia con los distribuidores, circulares, etc) para demostrar la existencia de este ilícito antitrust.

Por el contrario, la fijación de un precio máximo de reventa no es considerada una violación per se del artículo 1 de la Sherman Act, sino que es analizada desde la perspectiva de la rule of reason²⁹.

Igualmente en el ámbito comunitario, la imposición de precios de reventa se considera como una restricción especialmente grave de la competencia, debido a la consideración de que la libertad de los distribuidores para fijar el precio de reventa es fundamental para preservar la libre competencia de los precios en favor de los consumidores, que se beneficiarán con una bajada de éstos.

No obstante, han surgido voces que han argumentado en favor de la facultad del proveedor de imponer los precios, sobre todo, en aras a la creación de una imagen de marca que aumente la capacidad de atracción del producto para el consumidor final e, incluso, beneficie al consumidor procurándole la uniformidad de precios al margen de cual sea el punto de venta.

Con todo, el art. 4 del Reglamento nº 2790/1999 es claro al prohibir la imposición de precios fijos y mínimos. No obstante, se admiten los precios máximos y recomendados, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. Se considera que la fijación de precios máximos o indicativas es, en ocasiones,

29 Así se juzgó recientemente en el asunto *State Oil Company v. Kahn*, 522 U.S. 3 (1997).

beneficiosa para la competencia, sobre todo, cuando se trata de asegurar que el descuento promocional concedido por el fabricante llegue a los consumidores, o cuando se quiere evitar que los distribuidores locales que gozan de monopolio impongan precios abusivos a sus clientes.

4.2 Restricciones territoriales (*Territorial and Customer Restrictions*)

Como se ha apuntado previamente, en la práctica norteamericana estas restricciones se examinan desde la perspectiva de la *rule of reason*. Para analizar con mayor profundidad la aplicación de esta doctrina, resulta interesante atender a uno de los casos más paradigmáticos en la jurisprudencia norteamericana: el de *GTE Sylvania*³⁰. Los hechos de este asunto se pueden resumir del siguiente modo: GTE Sylvania, un importante fabricante de televisores, había establecido una clara política de distribución restrictiva a través de la cual pretendía reforzar la posición de la marca Sylvania y aumentar la competencia en el mercado de los televisores. A través de los acuerdos concluidos con sus distribuidores, Sylvania limitaba el número de distribuidores en cada área y especificaba la concreta ubicación de las tiendas. No obstante, no imponía ninguna restricción en relación con la clientela a la que podían vender los detallistas, ni tampoco exigía exclusividad. Continental, un pequeño distribuidor de televisores en el norte de California, fue nombrado distribuidor de los televisores Sylvania en el área de San Francisco. Con posterioridad, pretende distribuir estos televisores desde su tienda de Sacramento. Ante estas circunstancias, Sylvania resuelve el contrato y Continental invoca una violación de la Sherman Act. El Tribunal Supremo da la razón a Sylvania.

La importancia de este caso radica en que se produce un retorno a la "hospitality tradition", que históricamente ha caracterizado el common law y que había prevalecido en Estados Unidos hasta la mitad de los años 40. En función de ella, los tribunales y los poderes públicos son tolerantes en relación con las restricciones de comportamiento que acuerden las partes siempre que no exista una fijación de precios o una monopolización³¹. De este modo se acaba con la "inhospitality tradition", que se había impuesto a raíz del caso *United States v. Bausch & Lomb Optical Co.*³², en el cual se afirmó que las restricciones territoriales eran ilegales *per se*, siempre que estuvieran integradas en un sistema de mantenimiento de precios. Esta opinión fue llevada a sus últimas consecuencias en el caso *Schwinn*³³ porque se consideró que las restricciones relativas a la distribución eran *per se* ilegales con independencia de que se refirieran o no al mantenimiento de precios.

30 Asunto *Continental T.V. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).

31 El Juez Powell señaló que "el impacto de mercado de las restricciones territoriales es compleja debido a la posibilidad de que provoque simultáneamente una reducción de la competencia intrabrand y una estimulación de la competencia interbrand...Las restric-

Sylvania demuestra que el factor determinante de la legalidad/ilegalidad de ciertos acuerdos voluntariamente adoptados por empresas es su impacto global en la competencia en el mercado, no su adecuación a simplistas doctrinas legales.

En definitiva se considera que, en general, las restricciones verticales que no se refieren a los precios pueden ser impuestas para incrementar la competencia interbrand a pesar de sacrificar la competencia intrabrand, siempre que esas restricciones no restrijan injustificadamente la competencia.

En consecuencia, las restricciones territoriales en Estados Unidos se analizan a través de la rule of reason. En cambio, en la Unión Europea las restricciones territoriales son vistas de una forma mucho más rigurosa. En principio, de acuerdo con el art. 4 b) del Reglamento n° 2790/1999, la restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos, es considerada una restricción especialmente grave y, por tanto, su inclusión en un acuerdo de distribución determina que el mismo no caiga bajo el ámbito de aplicación de la exención por categoría. Ahora bien, se contempla como principal excepción la distribución exclusiva. De este modo es posible conceder un determinado territorio a un distribuidor con el objeto de compensar sus inversiones (distribución exclusiva). Ahora bien, en ningún caso se admite la creación de una protección territorial absoluta puesto que ello atentaría fuertemente a la competencia. Así, el distribuidor siempre debe estar sometido

ciones verticales reducen la competencia intrabrand al limitar el número de vendedores de un producto particular que compiten por distribuir sus productos a un concreto grupo de compradores. Las restricciones territoriales tienen ese efecto...(pero) la habilidad de los revendedores para explotar el mercado asignado puede ser limitado por la posibilidad de que los consumidores se desplacen a otras localidades y quizá, lo que es más importante, de que compren otros productos competidores a otros fabricantes... (Además) las restricciones verticales incrementan la competencia interbrand al permitir que el fabricante logre ciertas eficiencias en la distribución de sus productos... Los economistas han identificado un número de maneras a través de las cuales los fabricantes pueden usar tales restricciones para competir más eficientemente con otros productores”.

32 321 U.S. 707 (1944).

33 *United States v. Arnold, Schwinn and Co., et al.*, 388 U.S. 365 (1967). Schwinn era un fabricante de bicicletas con una posición consolidada en el mercado nacional que llegó a ser de ¼ de la producción en 1951. Su cuota de mercado descendió progresivamente hasta alcanzar el 12.8 % en 1961. Para mantener su posición, Schwinn creó una red de distribución en virtud de la cual nombró a distribuidores mayoristas que operaban en un territorio determinado y que distribuían los productos a través de franquiciados minoristas debidamente autorizados. Se trataba de un claro caso de limitación de la competencia intrabrand. Estos acuerdos fueron considerados ilegales, constituyendo un claro ejemplo de aplicación de la doctrina legal pura, sin atender a ulteriores consideraciones económicas.

a la competencia de los importadores paralelos, así como a la posibilidad de que los distribuidores de otros territorios lleven a cabo ventas pasivas (no solicitadas) a clientes asentados en su zona de exclusiva³⁴.

Hay una razón fundamental que justifica el trato más favorable de estas restricciones en la práctica norteamericana que en la europea. En la Unión Europea uno de los objetivos fundamentales que se propone conseguir el Tratado de Roma es la creación de un mercado común en el que queden suprimidas las fronteras nacionales. Las normas de competencia son consideradas como un instrumento más para conseguir este objetivo. De ahí que los acuerdos que pueden tener como objeto o efecto la división del mercado comunitario sean duramente sancionados por la normativa antitrust. Sin embargo, y a modo de ejemplo, el hecho de que un fabricante asigne a sus distribuidores territorios que se corresponden con los límites estatales es irrelevante bajo la legislación norteamericana. Lo que realmente importa es si el fabricante o proveedor tiene poder de mercado y si la exclusión o el cierre del mercado a posibles competidores es posible.

4.3 Acuerdos de vinculación (*Tying arrangements*)

Existe vinculación cuando un proveedor supedita la venta de un producto a la compra de otro producto distinto, bien a sí mismo, bien a un tercero designado por él. Al primer producto se le denomina producto "vinculante" y al segundo producto "vinculado". Estos acuerdos pueden producir la exclusión de la competencia en el mercado del producto vinculado. También pueden dar lugar a precios supercompetitivos y a barreras de entrada más altas tanto en el mercado del producto vinculante como en el mercado del producto vinculado.

Estos acuerdos están prohibidos por el artículo 1 de la Sherman Act y el artículo 3 de la Clayton Act. De acuerdo con la práctica estadounidense, son considerados en sí mismos ilegales, siempre que el vendedor posea suficiente poder económico en el mercado del producto vinculante. Lo cual implica aplicar en cierta medida una regla de razón puesto que habrá que valorar el poder económico del vendedor antes de afirmar su ilicitud.

En consecuencia, para demostrar la existencia de un acuerdo de vinculación ilegal, el demandante tiene que probar: 1/ La existencia de dos productos diferentes. 2/ El requisito impuesto por el vendedor al comprador de venderle un determinado producto o servicio sólo con la condición de que adquiriera además otro producto o

34 Vid, a modo de ejemplo, los asuntos *Consten and Grundig* (Recopilación en edición especial española, 1964-1966, pp. 413 y ss.); *Nungesser* (Recopilación en edición especial española, 1982, pp. 615 y ss.) y *Distillers* (Recopilación en edición especial española, 1980, pp. 689 y ss.).

servicio. 3/ Un impacto anticoncurrencial del acuerdo de vinculación. Este efecto puede ser demostrado si el vendedor tiene un poder de mercado en el mercado del producto vinculante suficiente para restringir la competencia en el mercado del producto vinculado y si se afecta una parte sustancial del comercio en el mercado del producto vinculado.

Por otro lado, esta práctica se puede disfrazar mediante la venta de paquetes de productos. En principio, esta forma de comercializar los productos es lícita, pero si en realidad se trata de una vinculación encubierta será sancionada por las normas antitrust. Para determinarlo habrá que atender a la posibilidad que se le ofrece al distribuidor de comprar los productos separadamente, al precio ofertado (un precio excesivamente ventajoso puede ocultar una vinculación puesto que en cierta medida se le obliga al distribuidor a comprar los dos productos conjuntamente), etc.

En el seno de la Unión Europea, la vinculación no es considerada como una restricción especialmente grave y, por tanto, su inclusión en un determinado acuerdo no determina que éste no pueda beneficiarse de la exención por categoría establecida mediante el Reglamento 2790/1999. Por el contrario, la Comisión es partidaria de analizar estos acuerdos considerando los efectos positivos que pueden tener en el mercado. Así, es posible que la vinculación genere eficiencias derivadas de la distribución conjunta de los dos productos y que asegure una cierta uniformidad y normalización de la calidad de los productos. Por ello, para condenar estas restricciones será necesario atender a la posición del proveedor en el mercado, al posible efecto acumulativo de varios contratos similares en el mercado, a la posibilidad del distribuidor de lograr las mismas eficiencias acudiendo a otros proveedores, etc.

No existen, por tanto, grandes discrepancias en la consideración de la vinculación desde el punto de vista de las normas de la libre competencia en la práctica norteamericana y europea.

4.4 Acuerdos de suministro exclusivo (*Exclusive dealings arrangements*)

El contrato de suministro exclusivo implica que el distribuidor se obliga a comprar únicamente un determinado producto a un concreto proveedor.

En los Estados Unidos, estos contratos son juzgados bajo la *rule of reason* y son considerados ilícitos sólo si cierran una parte no razonable del mercado a los competidores de las partes contratantes.

En este sentido, se considera que estos acuerdos crean importantes ventajas económicas para las partes e, indirectamente, para el público de los consumidores.

El comprador se asegura el abastecimiento del producto, se protege contra las subidas de precio, puede planificar mejor sus costes y evita los gastos de almacenamiento que podría provocar una demanda fluctuante. El proveedor, por su parte, economiza los gastos de la distribución, se protege frente a la fluctuación de los precios y puede planificar mejor sus ventas. Además se evita el aprovechamiento de los *free riders*, sobre todo, en los casos en los que el fabricante ha realizado importantes inversiones para distribuir su producto y se asegura que el comprador sólo venda el producto de su marca.

Por otra parte, también pueden tener efectos anticompetitivos. Así, pueden suponer la creación de importantes barreras de entrada para los competidores e incluso la exclusión de los mismos, lo cual incrementa el riesgo de un reforzamiento del poder de mercado de los participantes y un incremento del precio. Por otro lado, cuando los contratos exclusivos son muy frecuentes en un determinado sector del mercado, existe un importante riesgo de colusión entre los distintos vendedores, eliminando o reduciendo drásticamente la competencia.

En el asunto *Tampa Electric Co. V. Nashville Coal Co.*³⁵, el Tribunal Supremo realizó un interesante análisis económico de los acuerdos de suministro exclusivo. Para ello, en primer lugar, definió los mercados geográfico y de producto y después determinó si el contrato limitaba la competencia en una parte sustancial del mercado relevante. De acuerdo con el Tribunal, "para declarar estos acuerdos nulos las oportunidades de otros comerciantes para entrar o permanecer en el mercado deben ser reducidas significativamente". Los factores que el Tribunal tuvo en cuenta para determinar si se afectaba una parte sustancial del mercado fueron la posición económica de las partes, el porcentaje del comercio afectado, y los efectos presentes y futuros de una disminución de la competencia efectiva en el mercado.

En otros casos, el Tribunal Supremo ha establecido que los acuerdos de distribución que afectan a un 20 e, incluso, un 30 % del mercado relevante no van a ser prohibidos. Con todo, el porcentaje del mercado relevante afectado por el acuerdo no es más que uno de los factores que son tenidos en cuenta por los tribunales americanos para someter el contrato a la regla de razón. Otros son la duración de los acuerdos, las barreras de entrada, las posibles eficiencias y otros factores que permiten determinar hasta qué extremo los acuerdos limitan la competencia.

En la Unión Europea existe una regulación más formalista en relación con estos acuerdos de suministro exclusivo. Así, a estos contratos le son aplicables las consideraciones previstas en el Reglamento n° 2790/1999 en relación con las

35 365 U.S. 320 (1961).

cláusulas de no competencia durante la vigencia del contrato, definidas en el art. 1 b) como *“cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80% del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia...”*. Esta cláusula de no competencia está contemplada como una restricción condicionada. Es decir, su inclusión en un acuerdo no determina que éste no pueda beneficiarse de la exención por categoría, a diferencia de lo que ocurre con las restricciones especialmente graves; pero para que quede cubierta por la exención tiene que cumplir ciertas condiciones (art. 5 a)). En particular, se somete esta restricción a una limitación temporal puesto que no podrá ser acordada con una duración indefinida o superior a cinco años. Si bien, es posible que las partes decidan renovarla tras la expiración de ese período, pero no se admite la renovación tácita. Se contempla como excepción el supuesto en el que el comprador revende los bienes o servicios desde locales o terrenos pertenecientes al proveedor o arrendados por el proveedor a terceros. En tales casos, el acuerdo de suministro exclusivo puede tener la misma duración que el período de ocupación del punto de venta por parte del comprador.

5. Conclusión

Para cerrar este trabajo conviene apuntar cómo, pese a los diferentes planteamientos iniciales, las prácticas norteamericana y europea se van aproximando en el tratamiento de los contratos de distribución desde el punto de vista de la aplicación de la normativa antitrust. Y es que, si bien estos acuerdos pueden tener efectos nocivos para la competencia, también pueden dar lugar a importantes efectos procompetitivos, lo cual obliga a realizar un adecuado análisis económico de los mismos antes de prohibirlos.

