

SERGIO BACHES OPI

DISTRIBUCIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Reglamento de la Unión Europea
sobre Restricciones Verticales

Prólogo de
José Massaguer

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	9
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	15
PRELIMINAR	17
INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA OBRA	21

CAPÍTULO 1

MARCO NORMATIVO. ESTRUCTURA DEL ART. 101 DEL TRATADO

1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN <i>RATIONE MATERIAE</i>	27
1.1.1. Los acuerdos verticales	27
1.1.2. El concepto de «acuerdo»	38
1.1.2.1. Introducción	38
1.1.2.2. El «concepto de acuerdo» en la jurisprudencia tradi- cional de los tribunales comunitarios y su evolución posterior. Las medidas «aparentemente» unilaterales...	40
1.1.2.3. El tratamiento de los contratos de agencia en el Dere- cho europeo de la competencia. Análisis de la jurisper- dencia reciente	71
1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN <i>RATIONE PERSONAE</i> : EL CONCEPTO DE «EMPRESA» EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA COM- PETENCIA	90
1.3. LA AFECTACIÓN APRECIABLE AL COMERCIO INTRACOMUNI- TARIO POR LOS ACUERDOS VERTICALES	92

CAPÍTULO 2

**LA IMPORTANCIA DEL OBJETIVO
DE LA INTEGRACIÓN EN LA NORMATIVA
COMUNITARIA SOBRE RESTRICCIONES VERTICALES**

CAPÍTULO 3

**ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS RESTRICCIONES
VERTICALES**

3.1.	LOS POSTULADOS DE LA ESCUELA DE CHICAGO Y SU INFLUENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES	107
3.1.1.	Introducción	107
3.1.2.	Los argumentos de la Escuela de Chicago en defensa de una presunción de legalidad para las restricciones verticales	107
3.1.3.	Las limitaciones en el análisis de la Escuela de Chicago.....	112
3.1.3.1.	La complementariedad de funciones es relativa	112
3.1.3.2.	La complementariedad puede facilitar acuerdos colusorios	113
3.1.3.3.	El juicio de los proveedores no siempre es acertado cuando fijan restricciones verticales.....	114
3.1.3.4.	La Escuela de Chicago no presta la debida atención a la dicotomía entre consumidores <i>marginales e inframarginales</i>	114
3.1.3.5.	Un fabricante puede tener un incentivo racional para ofrecer a los distribuidores una compensación superior a su beneficio de monopolio a cambio de su compromiso de no revender productos competidores	118
3.1.3.6.	Los postulados de la Escuela de Chicago no se basan en un análisis real de los mercados o en estudios empíricos	118
3.1.3.7.	La Escuela de Chicago no tiene en cuenta el carácter experimental de determinados sistemas de distribución.....	125
3.1.4.	Conclusión.....	125
3.2.	LA INFLUENCIA DE LA ESCUELA DE CHICAGO EN EL LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO <i>ANTITRUST</i> ESTADOUNIDENSE	126
3.3.	LA DISTINCIÓN ENTRE COMPETENCIA INTRAMARCA Y COMPETENCIA INTERMARCA Y SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO	128
3.4.	PODER DE MERCADO Y BARRERAS DE ENTRADA	131
3.4.1.	Poder de mercado	131
3.4.2.	Barreras de entrada.....	137
3.4.3.	El poder de mercado de la demanda y su incidencia en el análisis de determinadas restricciones verticales	139
3.4.3.1.	Introducción	139

	<u>Pág.</u>
3.4.3.2. La gestión por categorías (<i>category management</i>)	140
3.4.3.3. Pagos o descuentos de posicionamiento (por espacio de lineal o promociones	146
3.5. LOS EFECTOS PROCOMPETITIVOS DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES	151
3.5.1. Justificaciones a las restricciones a la competencia <i>intramarca</i> ...	151
3.5.1.1. El argumento del parasitismo (« <i>free riding</i> »)	151
3.5.1.2. El argumento de la entrada en nuevos mercados	163
3.5.1.3. La necesidad de proporcionar un nivel óptimo de servicio	171
3.5.1.4. El problema de la doble marginalización	174
3.5.1.5. La reducción de los costes de transacción (economías de escala)	180
3.5.2. Justificaciones a las restricciones a la competencia <i>intermarca</i> ...	180
3.5.2.1. Justificación de las cláusulas de marca única	180
3.5.2.2. La contrapartida por el otorgamiento de un territorio exclusivo	181
3.5.2.3. La contrapartida por un compromiso de suministrar todas las cantidades que solicite el distribuidor	182
3.5.2.4. El problema de la inversión específica	182
3.5.2.5. Transferencia de conocimientos técnicos	183
3.5.2.6. Evitar situaciones de parasitismos entre proveedores ...	184
3.5.2.7. Problemas de arbitraje (<i>commitment problem theory</i>) ..	185
3.6. ASPECTOS QUE SEGÚN LA COMISIÓN JUSTIFICAN UNA APROXIMACIÓN CONTRARIA A LA LEGALIDAD <i>PER SE</i> DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES	185
3.6.1. La tensión entre el mantenimiento de la competencia intramarca y el objetivo de la integración de los mercados en la Unión Europea	185
3.6.2. La incidencia de las restricciones verticales en la reducción de la producción (<i>output</i>) e incremento de los precios	186
3.6.3. Los efectos externos negativos de las restricciones verticales: clientes finales, competidores y competidores potenciales	187

CAPÍTULO 4

LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REGLAMENTO 2790/99 Y LA COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE RESTRICCIONES VERTICALES (2000)

4.1. LA APLICACIÓN FORMALISTA DEL ARTÍCULO 101.1 DEL TRATADO POR LA COMISIÓN EUROPEA	189
4.2. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA DEL AÑO 2000	199

CAPÍTULO 5

**EL REGLAMENTO NÚM. 330/2010, DE LA COMISIÓN,
RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL ART. 101.3
DEL TRATADO A DETERMINADAS CATEGORÍAS
DE ACUERDOS VERTICALES**

5.1.	INTRODUCCIÓN Y PRECISIÓN METODOLÓGICA.....	203
5.2.	EL ÁMBITO GENERAL DE LA REFORMA DEL AÑO 2010	204
5.3.	EL REGLAMENTO 330/2010 Y SUS DIRECTRICES INTERPRETATIVAS: ESTRUCTURA Y CONDICIONES DE LA EXENCIÓN.....	205
5.4.	ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL REGLAMENTO 330/2010	207
5.4.1.	Acuerdos incluidos en el perímetro de la exención por categorías del Reglamento 330/2010	209
5.4.1.1.	Acuerdos de asociaciones de minoristas. Las centrales de compras.....	209
5.4.1.2.	Acuerdos con cláusulas relativas a derechos de propiedad intelectual.....	213
5.4.2.	Restricciones y acuerdos que quedan fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías	216
5.4.2.1.	Acuerdos de arrendamiento o arrendamiento financiero.....	217
5.4.2.2.	Acuerdos verticales no relacionados con la compra, venta o reventa.....	217
5.4.2.3.	Determinados acuerdos de subcontratación	217
5.4.2.4.	Acuerdos de <i>minimis</i>	219
5.4.2.5.	Acuerdos entre competidores	225
5.4.2.6.	Acuerdos horizontales	227
5.5.	EL UMBRAL DEL 30 POR 100 COMO REQUISITO PARA LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN POR CATEGORÍA DEL REGLAMENTO 330/2010.	227
5.6.	LAS RESTRICCIONES «ESPECIALMENTE GRAVES»	233
5.6.1.	Fijación o mantenimiento vertical del precio de reventa	235
5.6.1.1.	Delimitación de la práctica restrictiva	235
5.6.1.2.	La recomendación de precios de reventa y la fijación de precios de reventa máximos	246
5.6.1.3.	La fijación de los precios de reventa en los contratos de agencia.....	252
5.6.1.4.	Estándar probatorio de la infracción	257
5.6.1.5.	La incidencia de la reforma del año 2010 en el tratamiento de los acuerdos de fijación de un precio de reventa fijo o mínimo	261
5.6.2.	Asignación de territorio o grupo de clientes de forma exclusiva... ..	270
5.6.2.1.	Introducción. La definición de ventas activas y pasivas	270

5.6.2.2.	Requisitos para la aplicación de la exención por categorías a la prohibición de ventas activas	274
5.6.2.3.	Prohibición de las cláusulas que restringen las importaciones paralelas. Sanciones y responsabilidad	277
5.6.2.4.	La combinación de varios sistemas de distribución	281
5.6.2.5.	Análisis de las exclusivas territoriales cuando el proveedor o el comprador superan el umbral del 30 por 100.....	285
5.6.3.	La restricción de ventas por los miembros de un sistema de distribución selectiva a distribuidores no autorizados	289
5.6.4.	La restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales impuesta a los miembros de un sistema de «distribución selectiva»	290
5.6.5.	La restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva	291
5.6.6.	La restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora en otros bienes.....	291
5.7.	LA PROBLEMÁTICA DE LAS VENTAS A TRAVÉS DE INTERNET ...	292
5.7.1.	Introducción	292
5.7.2.	La práctica de la Comisión Europea	295
5.7.3.	Las Directrices de Verticales de 2010	298
5.8.	EL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA Y DE COMPRA EXCLUSIVA EN EL REGLAMENTO 330/2010 Y EN LAS DIRECTRICES DE VERTICALES	310
5.8.1.	Introducción	310
5.8.2.	El tratamiento en el Reglamento 330/2010 de las cláusulas de no competencia durante la vigencia del contrato	318
5.8.2.1.	Requisitos para la aplicación de la exención por categorías	318
5.8.2.2.	Excepciones a la limitación de cinco años en las cláusulas de no competencia y su dificultad interpretativa ..	321
5.8.3.	Las cláusulas de no competencia post-contractuales. Requisitos para la aplicación de la exención por categorías del Reglamento 330/2010.....	328
5.8.4.	Orientaciones de la Comisión Europea para el análisis al amparo del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de aquellos acuerdos de distribución con cláusula de no competencia que no reúnen los requisitos para beneficiarse de la exención por categorías....	330
5.9.	ACUERDOS DE SUMINISTRO EXCLUSIVO	350
5.10.	ACUERDOS DE VINCULACIÓN DE PRODUCTOS	357
ANEXO	365
BIBLIOGRAFÍA	369

PRÓLOGO

1. *Distribución y Derecho de la competencia, el libro que prologan estas líneas, es la reelaboración de la tesis doctoral que su autor, el Dr. Sergio Baches, preparó bajo mi dirección y defendió en diciembre de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. El tribunal que juzgó su trabajo, presidido por la profesora M.^a Victoria Petit Lavall e integrado por los profesores Julio Costas Comesaña, Ignacio Farrando Miguel, Paz Soler Masota y Francisco Marcos Fernández, tuvo a bien otorgarle la máxima calificación. Pero si es cierto que esta disertación es su antecedente inmediato, no lo es menos que el libro del Dr. Baches que ahora ve la luz es, en realidad, el resultado de muchos años dedicados al estudio y a la aplicación práctica de la normativa de defensa de la competencia comunitaria y española en todo su espectro y, en particular, en el ámbito de los acuerdos de distribución.*

2. *Como jurista, en el Dr. Baches confluyen tres dimensiones complementarias: es un estudioso del Derecho de defensa de la competencia, un abogado dedicado a esta materia desde hace ya bastantes años y un docente en la Universidad. En la concepción y desarrollo de su libro Distribución y Derecho de la competencia confluyen sin duda estos tres perfiles, cada uno ciertamente con su propio peso relativo, en una combinación que puede considerarse ponderada y fructífera en su conjunto.*

Ante todo, Sergio Baches es un abogado que ha trabajado intensamente y se ha especializado desde el primer momento en las principales materias que configuran la práctica en materia de defensa de la competencia; he seguido de cerca su trayectoria profesional, primero como asociado de prestigiosos despachos colectivos de Madrid, Barcelona y Bruselas, y ahora como co-fundador del despacho que lleva su nombre en Zaragoza. A esta práctica profesional llegó inicialmente tras una valiosa formación de posgrado, en la que tuvo una especial relevancia el estudio del Derecho de defensa de la competencia, adquirido en la Universidad Católica de Lovaina en Bélgica (1995),

donde cursó estudios becado por el entonces Patronat Catalá pro Europa. Y en esa actividad profesional hizo un paréntesis para continuar su formación, ahora en la Fordham University School of Law en Nueva York (2000), gracias en esa ocasión a una beca concedida por la prestigiosa «Comisión de Intercambio Cultural, Educativo y Científico entre España y los Estados Unidos de América» (Comisión Fulbright).

Los años de estudio y práctica le han acreditado como especialista reconocido en materia de Derecho de defensa de la competencia por parte de los «círculos interesados». De ello dan fe sus numerosas publicaciones, entre las que pueden destacarse el comentario a la Ley de Defensa de la Competencia Española que publica anualmente en Kluwer International, Competition Law in Western Europe and the USA, o, entre otros, los artículos titulados «Las restricciones a la libre fijación de precios en el mercado de los servicios jurídicos. Estado de la cuestión» (Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, julio/agosto de 2013, núm. 34, pp. 26-45); «Las competencias de las Comunidades Autónomas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia» (en La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, La Ley, 2008, pp. 45-81); «La aplicación del Derecho antitrust al ejercicio unilateral de los derechos de propiedad intelectual e industrial: el estado de la cuestión en la Unión Europea y en los EEUU» (Revista de Derecho Mercantil, junio de 2006, pp. 641-679), o «The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the US and the EU: Are IPRs Still Sacrosanct?» (Fordham Intellectual Property Law Journal, vol. XI, No. 2, Winter 2001, pp. 409-507). Y, por otra parte, de ello da fe también su frecuente participación como ponente invitado en numerosas conferencias y seminarios especializados, entre los que cabe mencionar, por sólo recordar algunos de los más recientes, el «II Encuentro de Jóvenes Investigadores sobre Derecho de la Competencia» (Consejo Gallego de la Competencia/Universidad de La Coruña et al., 20-21 de octubre de 2011, La Coruña), las «Jornadas sobre los efectos no deseados de la regulación de los agentes económicos sobre la competencia» (Autoridad Catalana la Competencia, 25-26 de octubre de 2012, Barcelona) o, más recientemente, la «Escuela de Verano sobre Derecho de Defensa de la Competencia» de la European Law Students Association (Elsa/Autoridad Vasca de la Competencia, 4-11 de agosto de 2013, San Sebastián).

El perfil de Sergio Baches queda completado, como avanzaba, con su faceta docente, que ha cultivado y cultiva mediante la impartición de sesiones en cursos y seminarios en la Universidad de Barcelona, la Universidad Autónoma de Barcelona, ESADE-Universidad Ramón Llull, o la Universidad Complutense de Madrid, y en la que destaca su posición de profesor asociado de Derecho mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra.

3. El lector convendrá en que esta combinación de experiencia forense, en un contexto eminentemente internacional durante un período considerable, estudio académico, también de fuerte componente internacional, y actividad docente procuraban al autor un muy buen bagaje intelectual y profesional para estudiar el tratamiento de los acuerdos de distribución en la legislación de defensa de la competencia. Y la dedicación y empeño puestos por el Dr.

Baches en la realización de su trabajo ha propiciado que ello haya sido así. El libro que se presenta combina felizmente en efecto el conocimiento de la práctica negocial y las tensiones e intereses individuales y colectivos subyacentes en el ámbito de la distribución y, no en último lugar y siempre desde esta perspectiva, la conciencia de que las interpretaciones y las propuestas que deban hacerse en este ámbito se orienten esencialmente hacia lo practicable y razonable —o, lo que es lo mismo, la necesidad de que se alejen de maximalismos y adanismos—, por una parte, y, por otra, el estudio metódico de la legislación reguladora de esta materia y de la doctrina de los organismos judiciales y administrativos encargados de su aplicación y su análisis sistemático, lo que resulta en una exposición rica e informada y en propuestas y tesis que, en conjunto, tienen un apoyo seriamente fundado y están convincentemente argumentadas.

Desde este punto de vista, el trabajo del Dr. Baches bien puede considerarse un fruto notable de la apertura de la Universidad y en este caso de las facultades de Derecho a los trabajos doctorales de los profesionales, beneficioso para la Academia, que ha alentado una obra en la que ha atendido a las exigencias de la práctica y ha integrado su experiencia, y beneficioso para la comunidad profesional, a la que se ofrece una obra hecha con el rigor y métodos de trabajo más cuidados. Esta experiencia por lo demás parece de especial valor e interés en un ámbito, como es el Derecho de defensa de la competencia, apegado a la práctica cotidiana, propicio a enjuiciamientos poco elaborados desde un punto de vista técnico y, salvo señaladas excepciones, habitualmente alejado de los modos exigentes del método y razonamiento jurídico científico.

4. *El libro del Dr. Baches, por otra parte, llega en un momento propicio. La distribución comercial, tanto la mayorista como la minorista, compone un sector de gran importancia en todos los Estados miembros de la Unión Europea, sea desde la perspectiva de las inversiones que impulsan el crecimiento económico y la modernización de las estructuras comerciales, sea desde la perspectiva de la creación y mantenimiento del empleo y de la implantación de nuevas técnicas de organización empresarial. Y es también un sector que ha experimentado en la Unión Europea profundos cambios desde principios de los años noventa del pasado siglo y que, todavía en la actualidad, se halla inmerso en un importante proceso de reestructuración e innovación, impulsado en los últimos años por el desarrollo y consolidación de las nuevas tecnologías de la información y de la tele comunicación. Desde otra perspectiva y como es sabido, es sector en el que las estrategias, las inversiones y las prácticas empresariales son especialmente sensibles al diseño de los incentivos y desincentivos que proporcionan tanto su régimen jurídico como a la forma en que se aplica y, de forma muy especial, a los límites y condicionantes que establecen la legislación y sobre todo la política de defensa de la competencia a la que obedece esa legislación y que en última instancia se concreta en la doctrina de tribunales y autoridades en materia de competencia.*

En este sentido, y abundando en la idea de la oportunidad de la publicación, no estará de más recordar que ese marco jurídico ha experimentado en los últimos años una importante transformación, que ha afectado tanto a

aspectos sustantivos como institucionales y que ha culminado en el Reglamento (UE) núm. 330/2010 relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, y en las directrices relativas a las restricciones verticales o «directrices interpretativas» del Reglamento, objeto de especial consideración en esta monografía e hilo conductor de buena parte de su desarrollo. Bajo este aspecto, el libro del Dr. Baches llega al lector cuando ya han pasado casi cuatro años desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) núm. 330/2010. Por ello, en el libro se encontrarán no sólo las enseñanzas más salientes y los análisis más consolidados y seguros elaborados en torno a las anteriores regulaciones y políticas antitrust sobre acuerdos de distribución, sino también la experiencia habida ya con ocasión de la primera aplicación práctica de la nueva regulación en la materia por parte de las autoridades europeas e internas en materia de defensa de la competencia, incluida la aplicación privada por parte de los tribunales.

5. Si bien el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») no ha sufrido cambios en su redacción desde el Tratado originario de constitución de las Comunidades Europeas (1957), la evolución del derecho secundario y, en particular, de los reglamentos de exención por categorías de la Comisión Europea aplicables a los acuerdos verticales ha sido constante desde la década de los ochenta del pasado siglo. La explicación razonada y puesta en contexto de esta evolución es clave para la correcta comprensión de la regulación actual. En este sentido, el libro del Dr. Baches acierta al prestar especial atención a la formación del vigente régimen de tratamiento de los acuerdos de distribución. Al respecto, el autor propone la distinción entre normas de primera, segunda y tercera generación. Las normas de primera generación, contenidas esencialmente en los Reglamentos (CE) núm. 1983/83 y núm. 1984/83, relativos a la exención por categorías, respectivamente, de los acuerdos de distribución exclusiva y de los acuerdos de compra exclusiva, abarca el periodo que transcurre hasta el año 2000. Estas normas se caracterizaban, y así lo indica el autor, por su excesivo formalismo. A partir del año 2000, tras la aprobación del Reglamento (CE) núm. 2790/1999 y sus directrices de interpretación, se introdujo una segunda generación de normas, vigente hasta el año 2010. Esta reforma supuso un cambio de gran calado en la aplicación del art. 101 del TFUE a los acuerdos verticales, pasando de un sistema eminentemente rígido o formal a un método de razonamiento que tenía más en cuenta los efectos del acuerdo vertical analizado sobre las condiciones y estructura del mercado de referencia. Finalmente, las normas de tercera generación han mantenido los elementos fundamentales del marco normativo anterior, limitándose a corregir aspectos que demandaban una reforma a la luz de la experiencia adquirida en la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2790/1999 y de sus directrices interpretativas, y que se plasmaron en el Reglamento (UE) núm. 330/2010 y en unas nuevas directrices interpretativas adoptadas por la Comisión Europea ese mismo año.

6. El libro consta de cinco capítulos. El primero de ellos está dedicado al art. 101 del TFUE, concentrado en el análisis de la noción de «acuerdo», que expone al lector las dificultades que, especialmente desde la perspectiva del sector de la distribución, plantea la delimitación acabada de este concepto

y que, como destaca el autor, la jurisprudencia comunitaria no ha acabado todavía de resolver con precisión. Desde esta perspectiva, especialmente relevante, parece el tratamiento de los acuerdos de agencia y las consecuencias jurídicas que se pueden plantear, a los efectos del art. 101 del TFUE, en función de si un contrato denominado de «agencia» por las partes puede o no ser calificado como un «acuerdo» en el sentido de dicho precepto.

En el Capítulo 2 se trata de un aspecto crucial para el mejor entendimiento de la aplicación del art. 101 del TFUE a los acuerdos verticales y el sentido de la evolución que se ha producido en el Derecho comunitario derivado en este ámbito. Me refiero al objetivo de la integración de los mercados de los Estados miembros en un mercado único. En este objetivo y, más precisamente, en la integración de sus exigencias en la política comunitaria de defensa de la competencia se halla el origen, y así lo destaca convenientemente el autor, de la diferencia que históricamente encontramos en el tratamiento de las restricciones verticales en el Derecho antitrust estadounidense respecto del que merece en el Derecho de la competencia de la Unión Europea, y probablemente también el origen de que aquel primero sea, todavía en la actualidad, más flexible y permeable a los objetivos de eficiencia económica que este segundo.

Si el análisis económico es importante en el diseño y aplicación de cualquier sistema jurídico de defensa de la competencia y en el enjuiciamiento de las concretas conductas sometidas al escrutinio de los organismos encargados de su aplicación, su interés es en todo caso especialmente evidente en el ámbito de las restricciones verticales. En efecto, no parece exagerado considerar que la impronta de las distintas escuelas económicas en la aplicación e interpretación de esta normativa ha sido y es más relevante que en otros ámbitos del Derecho de la competencia. Así lo demuestra, por ejemplo, la influencia de la Escuela de Chicago en el que se revela el interminable debate sobre cuál debe ser el tratamiento jurídico de este tipo de restricciones. Atento a ello, en el Capítulo 3, el autor realiza un gran esfuerzo para analizar desde una perspectiva económica los pros y los contras de las restricciones verticales más recurrentes, tales como las exclusivas territoriales, las cláusulas de no competencia, o las cláusulas de fijación del precio de reventa.

En el Capítulo 4 se analiza sucintamente la situación anterior a la reforma introducida por el Reglamento (CE) núm. 2790/1999 y sus directrices interpretativas. Esta atención se revela a mi modo de ver procedente y útil. Como he señalado, el gran cambio en la normativa comunitaria sobre esta materia se produce a raíz de la reforma introducida en el año 2000 con el Reglamento (CE) núm. 2790/1999. En efecto, y del modo en que destaca el autor, este Reglamento marcó una «revolución» en la normativa comunitaria sobre las restricciones verticales, no sólo porque, salvo excepciones (distribución de vehículos a motor y acuerdos de transferencia de tecnología), sustituyó la pluralidad de reglamentos de exención existentes por un reglamento único, sino porque, como observaba la Comisión en sus directrices de verticales del año 2000, la reforma implicaba la adopción de un enfoque económico basado en las consecuencias en el mercado; los acuerdos verticales han de analizarse en su contexto económico y jurídico. Esta observación refleja claramente la

introducción de un enfoque basado en los «efectos» de las cláusulas restrictivas sobre el mercado y no, como en los reglamentos de exención anteriores, en sus aspectos meramente formales.

Tras estos capítulos, que configuran lo que podría considerarse como parte general de la obra, el Capítulo 5, el más extenso del libro, se consagra al análisis del vigente Reglamento (UE) núm. 330/2010. El autor aborda el tratamiento de las condiciones exigidas para que un acuerdo que incluya restricciones verticales pueda beneficiarse de la exención por categorías, con especial atención a las denominadas «restricciones especialmente graves». En este bloque se analiza el tratamiento de las exclusivas territoriales y de clientela, que incluye un oportuno análisis de los problemas que plantean en este ámbito las ventas a través de Internet. El trabajo se detiene particularmente en el análisis de las cláusulas de mantenimiento del precio de reventa y de las dificultades prácticas que en ocasiones se plantean para distinguirlas de las meras recomendaciones de precios. En este capítulo también se analizan las cláusulas de no competencia, tanto las que vinculan a las partes estando vigente el contrato, como las post-contractuales. Finalmente, se ha incluido un análisis de los acuerdos de vinculación de productos. El juicio crítico al que el autor somete la vigente normativa y las recomendaciones de mejora en algunas de sus disposiciones son también una contribución destacable, de la que se pueden beneficiar aquellos que en el futuro tendrán la tarea de revisar el marco jurídico aplicable a las restricciones verticales cuando expire el Reglamento (UE) núm. 330/2010, el 31 de mayo de 2022.

7. Como se ve, la obra del Dr. Baches, por su objeto y por la calidad de sus contenidos, está llamada a mi modo de ver a ser estudiada y consultada por quienes, desde las distintas profesiones y perspectivas jurídicas y prácticas, se enfrenten con el enjuiciamiento antitrust de las restricciones verticales. De igual modo, en este libro encontrarán mucho más que una guía y exposición sobre la formación de la regulación de esta materia y sobre el contenido y la aplicación del Reglamento (UE) núm. 330/2010 y de sus directrices interpretativas; encontrarán un análisis contextual, completo y riguroso de las cuestiones fundamentales del tratamiento de los acuerdos de distribución en el Derecho de defensa de la competencia y de muchas de las cuestiones de detalle que se plantean en este ámbito, y encontrarán especialmente tesis y propuestas de soluciones a esas cuestiones fundadas con rigor y expuestas con claridad.

Barcelona, San José Oriol, de 2014.

José MASSAGUER
Catedrático de Derecho Mercantil

PRELIMINAR

Hasta hace pocos años, el estudio del Derecho de defensa de la competencia no formaba parte con entidad propia de los planes de estudio de nuestras facultades y únicamente un pequeño grupo de abogados y juristas atesoraban, con un alto grado de especialización, conocimientos en esta materia. Esta tendencia fue cambiando paulatinamente a lo largo de la última década y no es infrecuente que la asignatura de Derecho de defensa de la competencia, tanto en su vertiente europea como española, forme parte del elenco de asignaturas que los futuros graduados en Derecho pueden cursar a lo largo de sus estudios.

Estos cambios han contribuido a crear y nutrir una cierta cultura de la competencia entre aquellos abogados cuyos principales clientes son empresas u operadores equivalentes; que ha corrido paralela a una más eficiente actividad por parte de las autoridades españolas de defensa de la competencia. A su vez, esto ha concienciado a cada vez más operadores económicos, privados y públicos, de la importancia de respetar las normas de defensa de la competencia. Pese a los avances de esta disciplina en nuestro país, la ausencia en España de una tradición económica y social tuitiva de la libre competencia y los valores que la sustentan es quizás la razón que explica la existencia, todavía hoy, de un déficit en el conocimiento de la normativa de defensa de la competencia y un desaprovechamiento de los beneficios generales que la sociedad podría extraer de un mayor respeto y aplicación de estas normas.

Pecaríamos de ingenuos si sólo viésemos en la libre competencia uno de los ejes sobre los que gira la economía de mercado. Por el contrario, su significado trasciende a las cuestiones estrictamente económicas para abrazar una serie de valores como la honradez, el espíritu de sacrificio y superación, la búsqueda incesante de la innovación o el respeto por el juego limpio y, por ello, cabe afirmar que todas aquellas sociedades que hacen pivotar su devenir en torno al proteccionismo, la prevalencia de los derechos colectivos sobre el individuo, la corrupción, la mediocridad y, en definitiva, el miedo al cambio, son tierras poco propicias para que la semilla de la libre competencia crezca y

se desarrolle plenamente. En estos casos, y en ausencia de una modificación de sus estructuras y valores, estas sociedades son incapaces de competir con otras sociedades más desarrolladas y el impacto de las crisis económicas en su estructura productiva es mucho mayor.

En este contexto, no es infrecuente que los juristas depositen casi todas sus esperanzas en el Derecho positivo y en el poder corrector o represivo de sus autoridades administrativas o tribunales para garantizar y potenciar el respeto a una determinada normativa. Esta tendencia es lógica, ya que muchos de ellos son víctimas, a veces inconscientes, de una especialización compulsiva, que hace que observen y analicen los fenómenos económicos y sociales que les rodean desde los estrechos límites de sus respectivas disciplinas, lo que les lleva irremisiblemente a realizar diagnósticos parciales y sesgados de la realidad. Y, sin embargo, cuando nos enfrentamos a un concepto tan elevado como la «Libertad», de la que la libre competencia es un «afluente» más, debemos tener en cuenta que únicamente un cambio de mentalidad que introduzca en nuestra sociedad los valores inherentes a la libre competencia puede fundamentar una economía realmente eficiente y probablemente más justa¹. Este cambio de mentalidad sólo puede producirse a través de un continuo y a veces lento proceso de educación y concienciación, que debe tener como centro neurálgico el sistema educativo. Por ello, este libro únicamente pretende contribuir muy humildemente a este proceso.

Por otro lado, como en todos los fenómenos vitales que afectan al ser humano, las diferentes áreas que conforman el Derecho de defensa de la competencia no han sido ajenas a las modas. Hubo un tiempo en que el estudio de las normas de la Unión Europea aplicables a los acuerdos y las restricciones verticales adquirió un protagonismo especial frente a otras áreas del Derecho de la competencia, como los acuerdos y restricciones horizontales o el control de las concentraciones económicas entre empresas. Esa «época dorada» de las normas aplicables a los acuerdos verticales se puede situar en los albores del año 2000, cuando la Comisión Europea introdujo una reforma que supuso el paso de un análisis eminentemente formal de las restricciones verticales a uno que tiene en cuenta sus efectos más o menos reales sobre el mercado.

En los años posteriores, el interés de las autoridades de defensa de la competencia por este tipo de restricciones se ha ido desplazando hacia otro tipo de conductas anticompetitivas, concentrando sus recursos de modo especial en la investigación y persecución de los cárteles o los abusos de posición de dominio. Sin embargo, sería un error concluir que el Derecho de defensa de la competencia aplicable a los acuerdos y restricciones verticales y, por tanto, a los contratos de distribución, ha disminuido su transcendencia en el tráfico mercantil.

Estas normas siguen manteniendo su importancia, por cuanto que se aplican frecuentemente a negocios jurídicos que forman parte ineludible de la

¹ Este escepticismo en la capacidad del Derecho positivo para cambiar una sociedad fue expresado magistralmente por el juez norteamericano Learned Hard como sigue: «*I often wonder whether we do not rest our hopes too much upon constitutions, upon laws and upon courts. These are false hopes, believe me, these are false hopes. Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it; no constitution, no law, no court can even do much to help it*» (*The Spirit of Liberty*, New York, Alfred A. Knof, 1952, p. 190).

actividad cotidiana de muchos operadores económicos. Asimismo, la Comisión Europea, y, especialmente, las autoridades nacionales de defensa de la competencia no han bajado la guardia respecto de las cláusulas restrictivas de la competencia de tipo vertical, por lo que el conocimiento y el cumplimiento de estas normas sigue siendo crucial para los operadores económicos que suscriben acuerdos de distribución u otro tipo de acuerdos verticales. Por ello, este libro va dirigido no solo a los profesionales del derecho y, en particular, a los abogados de empresa, tanto externos como *in house*, sino a todos aquellos profesionales con funciones directivas vinculados al fenómeno de la distribución que quieran familiarizarse con la normativa de la Unión Europea y del Derecho español en este ámbito.

Finalmente, quiero concluir este prefacio destacando que esta obra encuentra su principal origen y fuente en la disertación doctoral que defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) el 3 de diciembre de 2010, bajo la supervisión del catedrático de Derecho Mercantil de la misma Universidad, el Dr. José Massaguer Fuentes, a quien quiero agradecer sinceramente su paciencia y dedicación. Agradecimiento que también quiero extender al Dr. Julio Costas Comesaña, de la Universidad de Vigo, a la Dra. M.^a Victoria Petit Lavall, de la Universidad Jaime I (Castellón), al Dr. Ignacio Farrando Miguel, de la Universidad Pompeu Fabra, a la Dra. Paz Soler Masota, de la Universidad Pompeu Fabra, y al Dr. Francisco Marcos Fernández, del Instituto de Empresa (Madrid). Todos ellos formaron parte del Tribunal que valoró la tesis y sus comentarios durante su defensa contribuyeron significativamente a mejorar el texto original, siendo los posibles errores que hayan podido permanecer en el texto exclusivamente atribuibles al autor.

Bruselas, marzo de 2014.

Sergio BACHES OPI

INTRODUCCIÓN Y PLAN DE LA OBRA

Los «acuerdos verticales» son acuerdos suscritos entre dos o más empresas que operan, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieren a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios¹. Ejemplos típicos de acuerdos verticales son los acuerdos entre fabricantes y distribuidores, sean mayoristas o minoristas. Asimismo, un acuerdo de suministro industrial entre el fabricante de un componente y el fabricante de un producto que utiliza dicho componente como insumo en su producto es también un acuerdo vertical². Los acuerdos verticales se diferencian de los «acuerdos horizontales», en que estos últimos son suscritos entre operadores situados en el mismo plano de la cadena de producción o comercialización, es decir, entre competidores, como ocurre con los cárteles de fijación de precios, de limitación de la producción o las rentas, o de reparto de mercados.

El art. 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el «Tratado»)³ prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas, tanto verticales como horizontales, que afecten al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común. Los acuerdos verticales que contienen restricciones

¹ Art. 1.1(a) del Reglamento 330/2010.

² Comisión Europea. La política de competencia en Europa. Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y de distribución. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002, p. 7.

³ Tras la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, el art. 81 (originariamente art. 85) ha pasado a ser el art. 101 y el art. 82 (originariamente art. 86), el art. 102. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (el «Tratado CE») fue rebautizado y sustituido por el «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (Versiones Consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DOUE* C 83, de 30 de marzo de 2010). En este libro se utiliza a lo largo de todo el texto la vigente numeración, a saber: arts. 101 y 102. Las referencias al «Tratado» se deberán entender al Tratado CE o al TFUE en función del contexto, sin que ello plantee mayores dificultades, dado que desde la aprobación del Tratado CE en 1957, ni el art. 101 ni el art. 102 han sufrido modificaciones en su redacción.

a la competencia (denominadas «restricciones verticales») constituyen uno de los ámbitos del Derecho de defensa de la competencia o Derecho *antitrust*⁴ en el que se ha planteado un mayor debate acerca del modelo normativo más adecuado para intentar mantener un equilibrio entre las eficiencias que para el mercado pueden derivarse de este tipo de prácticas y sus posibles efectos anticompetitivos⁵. No es de extrañar tampoco que, a diferencia de la prohibición referida a las restricciones horizontales, la antijuricidad que se ha predicado de las restricciones verticales constituya una de las áreas del Derecho de defensa de la competencia donde se ha producido una mayor evolución desde la entrada en vigor del Tratado CE en 1957 y también uno de los ámbitos del Derecho *antitrust* en los que las teorías económicas y sus diferentes escuelas han ejercido una mayor influencia en la configuración, evolución e interpretación del Derecho positivo.

En esta evolución se pueden distinguir tres generaciones de normas. Una primera generación, que abarca el periodo histórico que transcurre entre 1957 y el año 2000, caracterizada por normas excesivamente formalistas. Una segunda generación, vigente desde el año 2000 al año 2010, que supuso un cambio fundamental en la aplicación del art. 101.1 a los acuerdos verticales con cláusulas restrictivas de la competencia, pasando de un sistema formal a un método que tenía en cuenta el impacto del acuerdo en el mercado. Y las normas de «tercera generación», que han mantenido en sus aspectos fundamentales el paradigma normativo de la reforma del año 2000, limitándose a corregir aquellos aspectos que, a juicio de la Comisión Europea, requerían una reforma a la luz de la experiencia adquirida en la aplicación y/o funcionamiento del Reglamento 2790/99⁶ y de sus Directrices interpretativas⁷. Estamos también ante un conjunto de normas *antitrust* de una eminente utilidad práctica. La normativa de la Unión Europea en materia de restricciones verticales y, en particular, los Reglamentos de exención por categorías, son una de las normas de defensa de la competencia que más impacto tienen en el tráfico mercantil.

⁴ En esta obra, las expresiones «Derecho de defensa de la competencia» y «Derecho *antitrust*» se utilizan indistintamente como sinónimos. Sin embargo, desde un punto de vista técnico, se puede apreciar una diferencia entre ambas. Mientras que el Derecho *antitrust* (*antitrust law*) abarca aquel *corpus* normativo dirigido a impedir y reprimir las prácticas *privadas* contrarias a la competencia, el término «Derecho de defensa de la competencia» (*competition law*) comprende, además de las prácticas anticompetitivas privadas, las restricciones *públicas* a la competencia, es decir, aquéllas imputables al comportamiento o a la actividad normativa de las administraciones públicas o, en su caso, del propio legislador, como, por ejemplo, las ayudas de estado ilegales. *Vid.* «State Intervention/State Action - A U.S. Perspective», Remarks of Timothy J. Muris (Chairman Federal Trade Commission) before Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy New York, NY, October 24, 2003, p. 21, disponible en <http://www.ftc.gov/speeches/muris/fordham031024.pdf>.

⁵ R. A. POSNER, *Antitrust policy towards vertical restraints is the biggest substantive issue facing antitrust* (R. A. POSNER, «Vertical Restraints and Antitrust Policy», 72 *U. Chi. L. Rev.*, 2005, p. 229); S. C. SALOP en su artículo «Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago Has Overshot de Mark», en *How the Chicago School Overshot the Mark, The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Robert Pitofsky, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 141: *Few antitrust issues are less contentious than the analysis of exclusionary vertical conduct and anti-competitive allegations of leverage and foreclosure.*

⁶ Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. *DOUE* L 336, de 29 de diciembre de 1999, p. 21 (ya derogado).

⁷ Comunicación de la Comisión, de 13 de octubre de 2000. Directrices relativas a las restricciones verticales. *DOUE* C 291/1, 2000 (ya derogadas).

Aunque las empresas pueden comercializar sus bienes, sean productos o servicios, utilizando sus propios recursos internos, razones de eficiencia o de oportunidad comercial les llevan frecuentemente a recurrir a terceros para que realicen esta labor de distribución mediante la celebración de contratos de distribución, que pueden adoptar diferentes modalidades: acuerdos de distribución *simple* (esto es, sin exclusividad territorial), acuerdos de distribución exclusiva, acuerdos de distribución selectiva (con exclusividad o sin exclusividad territorial), contratos de agencia, acuerdos de transferencia de tecnología o contratos de franquicia. Según constataba la Comisión Europea en su Libro Verde Sobre las Restricciones Verticales en la Política de la Competencia, publicado en 1996⁸:

«Todas las empresas tienen que recurrir a la distribución, y el nivel del servicio prestado y su eficiencia son elementos muy importantes en el proceso competitivo de acceso al consumidor. Son muy pocos los productores que distribuyen directamente sus productos al consumidor final; más bien, suelen confiar esta tarea a distribuidores especializados».

El diseño de una buena política de distribución con los mayoristas o minoristas, o de una buena política de suministro con los proveedores, constituye frecuentemente un eje estratégico en muchas empresas y, por ello, es uno de los parámetros que sus directivos deben valorar a la hora de dotar a sus proyectos de una ventaja competitiva sobre los competidores.

Es necesario también destacar, para ser conscientes de la trascendencia que tiene el diseño y aplicación práctica de las normas de defensa de la competencia a los acuerdos de distribución, que la distribución comercial, tanto en el nivel mayorista como minorista, es uno de los fenómenos comerciales más dinamizadores de la competencia en los mercados tanto «intermarca» (entre competidores) como «intramarca» (entre distribuidores de una misma marca). Por tanto, la adopción de una u otra política de competencia en este ámbito, y su consiguiente traslación al Derecho positivo es susceptible de producir un enorme impacto en la organización de las relaciones comerciales entre proveedores y distribuidores y, en el específico caso de la Unión Europea, también de incidir en la consecución, consolidación y mantenimiento de un mercado interior eficiente en el seno de la Unión.

Este libro tiene por objetivo presentar un análisis de la aplicación del art. 101.1 del Tratado a las restricciones verticales que frecuentemente se incluyen en los contratos de distribución⁹. Para ello, se analiza tanto el Derecho primario de la

⁸ COM (96) 721 final, Bruselas, 22 de enero de 1997, párrafo 7. En el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea, los «libros verdes» tienen como objetivo suscitar un determinado debate, por lo que adoptan la forma de propuestas que la Comisión somete a un debate público. Por su parte, los «libros blancos» reflejan una toma de postura con carácter informal sobre aspectos legislativos. Lo normal es que los libros verdes precedan en el tiempo a los libros blancos, aunque no siempre es así (A. MASSON, *Droit communautaire. Droit institutionnel et droit material*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 87).

⁹ El art. 102 del Tratado prohíbe los abusos individuales y colectivos de posición de dominio que produzcan un efecto apreciable en el mercado intracomunitario. Algunas restricciones verticales (como las cláusulas de no competencia o de compra exclusiva) pueden dar lugar a una conducta abusiva, pero su análisis detallado al amparo del art. 102 escapa del ámbito y finalidad de esta obra.

Unión Europea (principalmente el art. 101 del Tratado) como el Derecho derivado, especialmente el vigente Reglamento núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (el «Reglamento 330/2010»)¹⁰, y el Reglamento 2790/99 de exención por categorías aplicable a las restricciones verticales que le precedió. Asimismo, se comentan y analizan también las Directrices interpretativas del Reglamento 330/2010, adoptadas por la Comisión Europea el 20 de abril de 2010¹¹, destacándose, allí donde es relevante, las diferencias con las Directrices interpretativas adoptadas en el año 2000, ya derogadas.

Es también ineludible referirse a las decisiones de la Comisión Europea y de los tribunales comunitarios en materia de aplicación del art. 101 a los acuerdos de distribución¹², por cuanto que, tanto la práctica de la Comisión como la jurisprudencia de los tribunales comunitarios han desempeñado un papel fundamental en la interpretación del Derecho de defensa de la competencia de la Unión Europea aplicado a las restricciones verticales. En atención a la influencia que el Derecho *antitrust* de los EEUU ha ejercido históricamente en el Derecho *antitrust* europeo, se analizan también algunos aspectos de la normativa europea a la luz de la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses en el ámbito de las restricciones verticales.

Dado que las autoridades de defensa de la competencia y tribunales españoles también son competentes para aplicar el art. 101 del Tratado¹³, se traen a colación, allí donde es pertinente, las Resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia en materia de acuerdos verticales. Debemos destacar que los Reglamentos de exención por categorías, incluido el Reglamento 330/2010, forman parte integrante del Derecho español de defensa de la competencia por remisión del apartado 4 del art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia¹⁴. Esto significa que el Reglamento 330/2010 se aplica también a aque-

¹⁰ *DOUE* L 142, de 23 de abril de 2010, p. 1 (Texto pertinente a efectos del EEE). El Reglamento 330/2010, junto con sus Directrices interpretativas, fue aprobado por la Comisión Europea el 20 de abril de 2010. Según el art. 10 del Reglamento 330/2010, el Reglamento *entrará en vigor el 1 de junio de 2010* y expirará el 31 de mayo de 2022.

¹¹ Directrices relativas a las restricciones verticales (Texto pertinente a efectos del EEE), *DOUE* C 130, de 19 de mayo de 2010, p. 1.

¹² Tras la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, desaparece la estructura del Tratado de la Unión Europea basada en tres pilares y se modifica la denominación de los tribunales comunitarios. El sistema jurisdiccional de la Unión en su conjunto toma el nombre de «Tribunal de Justicia de la Unión Europea», compuesto por tres órganos jurisdiccionales: el «Tribunal de Justicia» - «TJ» (antiguo TJCE), el «Tribunal General» (antiguo TPI) y el «Tribunal de la Función Pública» (cfr. arts. 19 del TUE y 254 del Tratado). En esta obra se utilizan las nuevas denominaciones y las denominaciones tradicionales indistintamente.

¹³ Art. 3 del Reglamento 1/2003.

¹⁴ *BOE* núm. 159, de 4 de julio de 2007, p. 28848, modificada por la Disposición Final 3.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, *BOE* núm. 55, de 5 de marzo de 2011, p. 25033 y por la Ley 3/2013, de 4 de julio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (*BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2013, p. 42191). Desde un punto de vista estrictamente jurídico, no cabe afirmar lo mismo de las Directrices interpretativas adoptadas por la Comisión Europea, puesto que, por su carácter de Derecho indicativo o «*soft-law*», no son imperativas para los Estados miembros, si bien, en nuestro ordenamiento jurídico, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) las ha tenido en cuenta voluntariamente como instrumento interpretativo y no cabe desconocer en la práctica su valor jurídico *de facto*.

llos acuerdos de distribución a los que, por no afectar de manera apreciable al comercio entre los Estados miembros, se les aplica exclusivamente el art. 1.1. de la Ley 15/2007¹⁵.

Este libro se divide en 5 capítulos. En el Capítulo 1 se analiza la estructura del art. 101 del Tratado y los elementos que configuran el ilícito concurrencial tipificado, tales como la definición de «acuerdo» o las nociones de prácticas restrictivas «por objeto» o «efecto», así como problemas interpretativos que en el ámbito de las restricciones verticales han planteado el tratamiento de los acuerdos de agencia en el Derecho europeo de defensa de la competencia y el concepto de afectación apreciable al comercio intracomunitario, como criterio jurisdiccional que determina la aplicación del art. 101 a un acuerdo vertical.

En el Capítulo 2 se expone la importancia que el objetivo de la integración de los mercados de los Estados miembros en un mercado único ha tenido en la aplicación del art. 101 del Tratado a los acuerdos verticales y en la evolución del Derecho derivado de la Unión Europea en este ámbito, ya que explica históricamente el tratamiento más severo que el Derecho *antitrust* de la Unión Europea ha acordado a las restricciones verticales, si se compara con la postura de las agencias *antitrust* y tribunales federales de los EEUU.

El Capítulo 3 se consagra al análisis económico de las principales restricciones verticales. Se analizan sus eficiencias y los riesgos que plantean para la competencia intramarca e intermarca desde diferentes puntos de vista, que abarcan desde la Escuela de Chicago, favorable al establecimiento de una presunción de legalidad para todos los tipos de restricciones verticales cuando son acordadas por empresas sin poder de mercado, hasta la corriente doctrinal «post-Chicago», partidaria de mantener la prohibición para muchas restricciones verticales, especialmente cuando se trata de prácticas de mantenimiento del precio de reventa.

En el Capítulo 4 se analiza sucintamente la situación anterior a la reforma introducida por el Reglamento 2790/99 y sus Directrices interpretativas, caracterizada por una interpretación eminentemente formalista del art. 101.1 del Tratado a las restricciones verticales, que atendía esencialmente a la *naturaleza* de las restricciones verticales y no a sus *efectos* reales o potenciales sobre los mercados afectados. Asimismo, se explican las razones que motivaron la introducción de una nueva normativa en materia de restricciones verticales en el año 2000 y de cómo este nuevo enfoque marcó un punto de inflexión en la aplicación del art. 101 a los acuerdos verticales al romper con el enfoque eminentemente regulatorio del periodo precedente e introducir una perspectiva más económica en el análisis de los acuerdos verticales.

En el Capítulo 5 se aborda el análisis del vigente Reglamento 330/2010 y sus Directrices interpretativas, así como las principales novedades introducidas en ambos textos. Se incide de un modo especial en los requisitos para que un acuerdo vertical se pueda beneficiar de la exención por categorías que otorga el citado Reglamento y, en consecuencia, no incurrir, si incluye cláusulas restrictivas de la competencia, en la prohibición del art. 101.1 del Tratado.

¹⁵ El apartado 1 del art. 1 de la Ley 15/2007 prohíbe, al igual que el art. 101.1 del Tratado, las prácticas colusorias en las que participan dos o más empresas y presenta una redacción similar a la del art. 101.1.

CAPÍTULO 1

MARCO NORMATIVO. ESTRUCTURA DEL ART. 101 DEL TRATADO

1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN *RATIONE MATERIAE*

1.1.1. LOS ACUERDOS VERTICALES

Los acuerdos verticales, al incorporar frecuentemente cláusulas que pueden restringir la competencia, han sido regulados en las normas de defensa de la competencia de la Unión Europea, y en las de la mayoría de las jurisdicciones que disponen de una normativa tuitiva de la libre competencia¹. El art. 101.1 del Tratado establece que²:

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

¹ Para extenso análisis del régimen jurídico general aplicable en España a los contratos de distribución, *vid.* A. ALONSO UREBA, L. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA, J. A. ECHEVARRÍA SÁENZ y A. J. VIERA GONZÁLEZ (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, La Ley, 2010.

² Como regla general, se utilizará la nueva numeración introducida por el Tratado de Lisboa y, por tanto, se hará referencia, salvo citas textuales y referencias a textos normativos aprobados con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a los arts. 101 y 102 del «Tratado», y no a sus predecesores (esto es, los arts. 81 y 82, según numeración introducida por el Tratado de Ámsterdam y, anteriormente, a los arts. 85 y 86, según numeración original del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 1957). Asimismo, se utilizará el acrónimo «DOUE» (*Diario Oficial de la Unión Europea*) en todo el texto, con independencia de si la norma o comunicación en cuestión se publicó en el DOUE o en su antecesor: el «DOCE» (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*). Finalmente, se recuerda que en esta obra el término «Tratado» se refiere al Tratado CE o al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, según el contexto en el que se citen los arts. 101 y 102.

- a) *Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.*
 - b) *Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.*
 - c) *Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.*
 - d) *Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.*
 - e) *Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*
2. *Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.*
3. *No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:*
- *cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;*
 - *cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;*
 - *cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:*
 - a) *impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*
 - b) *ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».*

Para estar incurso en la prohibición del art. 101, un acuerdo vertical debe tener «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». La distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» alude a que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, por lo que el juicio de antijuricidad no depende de un análisis de sus efectos sobre el mercado.

La técnica empleada por el legislador comunitario desde la promulgación del Tratado CE en 1957 para configurar la prohibición del art. 101.1 (en aquella época, art. 85) sobre la distinción entre conductas por «objeto» y conductas por «efecto» tiene, a juicio de algunos autores, una doble justificación. Por un lado, la calificación de algunas conductas como restricciones «por objeto» proporciona una regla de decisión que aporta certidumbre al sistema de defensa de la competencia y a las partes interesadas, a la vez que garantiza el efecto disuasorio de la prohibición. Y, en segundo lugar, porque es razonable pensar, desde el punto de vista del análisis económico y de la evidencia empírica, que, en el caso de dichas conductas, la probabilidad de que sean perjudiciales para el bienestar de los consumidores o el bienestar general es muy elevada, por lo que la normativa de competencia pretende evitar su existencia declarándolas ilícitas³.

³ I. GUTIÉRREZ CARRIZO y J. COSTAS COMESAÑA, «Justificación jurídico-económica de las conductas por objeto», en *Anuario de la Competencia*, Fundación ICO, 2009, pp. 42 y 43.