

AUTORIZAR LO QUE NO ESTÁ PROHIBIDO: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales¹

Jesús Alfaro Águila-Real
Catedrático de Derecho Mercantil
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
jesus.alfaro@uam.es

RESUMEN: La regulación actual de los acuerdos verticales en el Derecho europeo de la competencia sufre de una contradicción interna ya que parte de su prohibición y, por tanto, de la necesidad de que estén justificados en razones de eficiencia económica para que puedan ser calificados como lícitos. Este régimen jurídico se explica únicamente porque se atribuye al Derecho de la competencia europeo la función de promover la unidad de mercado en Europa frente a barreras no sólo públicas sino también resultantes de acuerdos privados. A nuestro juicio, este planteamiento es erróneo y, sobre todo, no vinculante para el Derecho español donde el Derecho de la Competencia no tiene atribuida la función de garantizar la consecución de un mercado único, mercado ya existente.

1. Introducción. Si la competencia desapodera a los que participan en el mercado, el Derecho de la competencia debería tener como finalidad única, la de controlar el poder de mercado que resulta de la inexistencia de competencia suficiente. La anterior es, efectivamente, la única función atribuible al Derecho de la competencia en el caso español. Si el legislador español pretende perseguir fines tales como la protección de la pequeña o mediana empresa o de la industria nacional, ha de recurrir a instrumentos distintos del Derecho de la competencia. Esta afirmación es especialmente importante porque las normas *legales* del Derecho de la competencia tienen forma de cláusulas generales de manera que su concreción por las autoridades de competencia y los tribunales exige determinar con claridad qué tipo de valoraciones pueden utilizarse para enjuiciar las conductas de los participantes en el mercado. Por otra parte, el Derecho de la competencia limita – de forma coherente con las cláusulas económicas de la Constitución – la libertad de actuación de los particulares para llegar a los acuerdos con otros particulares que tengan por conveniente, lo que exige su evaluación de acuerdo con los criterios usados generalmente para cualquier restricción o injerencia en los derechos fundamentales, esto es, evaluar su proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Se argumentará a continuación que la inclusión indebida de los acuerdos verticales en el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea y la consideración del Derecho de la competencia como un instrumento de integración de los mercados nacionales en un mercado único ha conducido a una liberalización insuficiente e incorrecta de los acuerdos verticales. Los acuerdos verticales no son cárteles en el sentido del artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, el Tratado) y, por tanto, su validez no puede

¹ Trabajo preparado para la 1ª Conferencia de Derecho y Economía de la Competencia, Madrid, Universidad Antonio de Nebrija 26 de septiembre de 2003. El trabajo ha obtenido financiación del Ministerio de Ciencia y Tecnología a través del proyecto de investigación sobre Análisis Económico del Derecho Mercantil dirigido por el profesor Paz-Ares. Las indicaciones bibliográficas no son exhaustivas. Mi agradecimiento a Patricia Liñan y a Miguel Odriozola por sus comentarios.

determinarse a partir de la concurrencia de los requisitos del artículo 81.3 del Tratado.

Las consecuencias prácticas de este planteamiento son importantes. Por un lado, conducen a afirmar la validez de *todos* los acuerdos verticales en los que no participe una empresa con posición de dominio y, por tanto, a calificar de erróneas las bases del *análisis individual* expuestas en las Directrices comunitarias para los acuerdos celebrados por empresas que ostentan una cuota de mercado superior al 30 % pero que no ostentan posición de dominio. Por otro lado, deberían llevar a enjuiciar los acuerdos verticales celebrados por empresas dominantes en el marco del artículo 82 del Tratado. Por último, y en el caso del Derecho español de la competencia, ambas conclusiones (la no inclusión de los acuerdos verticales en el artículo 1 LDC y la inexistencia de objetivos de consecución del mercado interior en la Constitución española) deberían conducir a afirmar la validez *antitrust* de los acuerdos verticales sin otra limitación que la de su examen en el marco del artículo 6 LDC en los supuestos en los que participe una empresa con posición de dominio en dichos acuerdos y, por tanto, a una liberalización mayor de la que se ha producido a través del RD 378/2003 de 28-III.

No hace falta realizar aquí una exposición detallada del contenido del Reglamento europeo 2790/1999 que declara la validez de buena parte de los acuerdos verticales². Liberaliza bastante. En términos prácticos, y con ciertas cualificaciones, se ha establecido la validez de casi todos los acuerdos verticales celebrados por empresas que no tengan posición de dominio. Lo que sucede es que la “legalización” se produce en dos formas. En unos casos (acuerdos celebrados por empresas que tengan menos del 30 % de cuota de mercado y siempre que no contengan las cláusulas recogidas en los artículos 4 y 5 del Reglamento 2790/1999) hay una declaración legal de validez. En otros (acuerdos celebrados por empresas que tengan más del 30 % de cuota de mercado pero que no ostenten posición de dominio ni contengan cláusulas a las que se refiere el artículo 5 del Reglamento 2790/1999) hay una alteración de la relación regla/excepción: si con anterioridad al Reglamento 2790/1999 estos acuerdos eran, en principio, ilegales salvo autorización, ahora no se presumen ilegales y, por lo tanto, habrán de ser objeto de una declaración de ilegalidad en el correspondiente procedimiento ya que se ha suprimido el procedimiento de autorización singular por efecto del Reglamento europeo 1/2003. El análisis de estos acuerdos se realiza, sin embargo, a partir de lo dispuesto en el artículo 81.3 del Tratado lo que, a nuestro juicio, limita indebidamente los acuerdos verticales que deberían declararse lícitos. Por último, para las empresas dominantes, las restricciones verticales no parecen permitidas en ningún caso.

2. El punto de partida. En lo que se refiere a los contratos entre particulares, en un sistema jurídico fundado en la libertad de empresa y el respeto al libre desarrollo de la personalidad como es el español (arts. 10.1 y 38 CE) y el de todos los europeos, la regla elemental es la de la libertad. Un pacto contractual es válido porque las partes lo celebraron voluntariamente, no porque su contenido sea justo o injusto, bueno o malo (art. 1255 CC y 10.1 CE).

² V., I. GUTIÉRREZ, “Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico”, *working paper*, Madrid 2003, en adelante citado como GUTIERREZ, *Normativa.*, p 35 ss para el análisis de los acuerdos que se autorizan y los que no.

Esta regla tiene la enorme ventaja de que no es necesario valorar el contenido de los pactos *para poder decidir sobre su validez o invalidez*. Sólo en los casos marginales – y cuando hay buenas razones para ello – se declara la nulidad de un pacto. Los economistas creen que los pactos voluntarios de los que no se deriven efectos externos importantes son *eficientes* porque mejoran la situación de las partes que, de otro modo, no lo celebrarían, y no generan costes sociales³. Bienestar privado y bienestar social coinciden.

Los contratos que contienen restricciones verticales son *estrategias competitivas* de los empresarios. Un fabricante tiene la posibilidad de distribuir sus productos a través de sus propios empleados (*integración vertical*) o a través de cualesquiera revendedores (*distribución de mercado*) o seleccionando y controlando a quienes van a distribuir sus productos (*distribución selectiva*). Si opta por una de ellas, el fabricante está ejercitando su libertad de empresa y su libertad contractual ya que habrá de celebrar los correspondientes contratos de trabajo en el primer caso, de compraventa en el segundo y de distribución en el tercero. Desde el punto de vista constitucional son tres opciones igualmente legítimas. La validez de los correspondientes contratos no depende de si son eficientes o no. Afortunadamente, tal juicio lo podemos dejar al mercado: si una fórmula contractual para la distribución no es eficiente, la competencia acabará expulsándola del mercado. Los empresarios que la utilicen estarán peor colocados que sus competidores en la lucha concurrencial y habrán de abandonarla si no quieren quebrar. Pero como los juristas no saben qué estrategias competitivas son eficientes y cuáles no, se abstienen, con buen criterio, de enjuiciar la validez de un acuerdo sobre tales bases⁴.

El caso alemán *Benetton*⁵ ilustra bien lo que sucede cuando los jueces intentan decidir sobre la legitimidad de una conducta empresarial sobre la base de su eficiencia. Se trataba de una demanda por competencia desleal contra la firma italiana de ropa que tenía por objeto el enjuiciamiento de publicidad chocante en la que aparecían – por ejemplo – fotografías de un enfermo terminal de SIDA rodeado de familiares llorosos; de un barco de refugiados del que algunos saltan desesperados; aves cubiertas de petróleo; un niño negro vestido de diablo al lado de un niño blanco vestido de querubín etc⁶. El Tribunal Supremo alemán consideró que *Benetton* apelaba a los sentimientos humanos en su propio beneficio y que tal publicidad es desleal cuando dicha apelación resulte “*indebida*”. El Tribunal consideró que era

³ V., con más indicaciones, J. ALFARO AGUILA-REAL, “Los costes de transacción” en Estudios Homenaje a Aurelio Menéndez, I, Madrid 1995, pp 131-162 disponible en <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/>; sobre esta concepción de la autonomía privada, v., con más indicaciones J. ALFARO AGUILA-REAL, Las condiciones generales de la contratación, Madrid 1991, cap I *passim*. La autonomía privada es, también, un elemento esencial e imprescindible del Derecho comunitario ya que no puede comprenderse sin autonomía privada la existencia de una economía de mercado abierta y competitiva (v., art. 3 a 1 del Tratado y recientemente con más indicaciones, por todos, B. HEIDERHOFF, “Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht”, *ZeUP*2003, p 769 ss., p 777)

⁴ Una exposición de la lógica económica de los contratos de distribución puede verse en P. RUBIN, Managing Business Transactions, Cambridge Mass. 1991, p 117 ss; C. PAZ-ARES, “La terminación *ad nutum* de los contratos de distribución”, *RDM* 223(1997) pp 7-56

⁵ V., una exposición detallada en A. TATO PLAZA, “La explotación publicitaria de los sentimientos y el Derecho de la competencia desleal: el caso *Benetton*”, *Derecho de los negocios* 5(1994) n° 44, p 13 ss, aunque con un planteamiento contrario al aquí mantenido; nuestra posición al respecto puede verse en C. PAZ-ARES/J. ALFARO AGUILA-REAL “Un ensayo sobre la libertad de empresa” en Estudios Homenaje a Luis Diez-Picazo, en prensa.

⁶ TATO, *Derecho de los negocios*, 5(1994) p 14

indebida porque no había relación alguna entre los productos anunciados y el anuncio. “*Esta forma de atraer la atención del público a través de la publicidad contradice... los fundamentos de una competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones*”⁷. El Tribunal Supremo alemán se equivocaba, en primer lugar, al no apreciar que no se trataba de una publicidad dirigida a promover las ventas sino, más bien, a promover la imagen de la empresa, por lo que no se le puede exigir conexión con los bienes o servicios ofrecidos por la empresa⁸. Pero, además, y en lo que aquí interesa, la sentencia *trastoca la relación entre regla y excepción*. Para que un comportamiento esté permitido no es necesario que el competidor que así actúa pruebe que su actuación es “buena” para la competencia o que es eficiente o ineficiente. La regla es que, en la lucha competitiva, *todo está permitido* salvo que esté prohibido y las razones hay que darlas para justificar la prohibición, no la legitimidad de la estrategia competitiva.

3. El Derecho de la competencia ¿es un derecho excepcional?

Contra el planteamiento anterior podría argüirse que el Derecho de la Competencia y su prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y del abuso de posición dominante es un Derecho excepcional que prohíbe, precisamente, acuerdos y conductas que, sin tal prohibición serían perfectamente legítimos de acuerdo con la lógica del Derecho Privado y de las cláusulas económicas de la Constitución. Pero eso no lo sostiene nadie. El Derecho de la Competencia no es un Derecho excepcional. La prohibición de cárteles y de abuso de posición dominante son perfectamente coherentes con un Derecho privado fundado en la libertad de pacto y la libertad de competencia, de hecho, se encuentran prohibidos no sólo en la Ley de Defensa de la Competencia, sino también en el Código Civil.

En efecto, aunque es un lugar común afirmar que en el artículo 81 del Tratado se prohíben los *acuerdos* entre empresas y en el artículo 82 se prohíben las conductas unilaterales de una empresa, tal distinción es formal y conduce a conclusiones erróneas⁹. Una distinción *material* entre ambos preceptos que, por tanto, la justifique, ha de partir de la finalidad del Derecho de la competencia que se ha expuesto más arriba. Si el Derecho de la Competencia trata de controlar el ejercicio del poder de mercado, la distinción entre el artículo 81 y el artículo 82 (arts. 1 y 6 LDC) tiene sentido para atender a la *forma* en que se ejerce el poder de mercado: a través de un acuerdo entre operadores que, individualmente, carecen de poder de mercado en el caso del art. 81 y por un operador económico individual que ostenta poder de mercado en el art. 82. En efecto, un empresario dominante no necesita llegar a ningún acuerdo con otros empresarios para subir los precios por encima de su nivel competitivo y varios empresarios precioceptantes no pueden subir los precios si no es poniéndose de acuerdo entre ellos para hacerlo todos al unísono. En otras palabras, sólo a través del acuerdo pueden *generar el poder de mercado* que asegura la posibilidad de subir los precios.

⁷ TATO, *ibidem*.

⁸ Así, SOSNITZA, *GRUR* 1993, p 540; A. BEATER, “Die stillen Wandlungen des Wettbewerbsrechts”, *JZ* 2000, p 974. Nuestro análisis del caso desde el punto de vista de la libertad de empresa puede verse en C. PAZ-ARES/J. ALFARO, “Un ensayo sobre la libertad de empresa” en *Estudios Homenaje a L. Díez-Picazo*, Madrid 2003, (*en prensa*).

⁹ La mejor refutación se encuentra en R. POSNER, *Antitrust Law*, 1ª edición, 1975, (hay una segunda edición de 2001) pp 26-27; V., en el mismo sentido, HAWK, *CMLR* 32(1995), p 975.

Por tanto, los cárteles están prohibidos, no porque sean *acuerdos* ni porque sean *restrictivos de la competencia*¹⁰, sino porque son *colusorios*, esto es, porque *perjudican a terceros* o, en términos económicos, tienen efectos externos negativos, efectos externos que se traducen en una pérdida de bienestar para los consumidores al permitir a los que lo celebran subir los precios por encima del que prevalecería en el mercado en otro caso. Es decir, precisamente, *porque generan poder de mercado a favor de los que lo celebran*¹¹. Pero tal cosa no ocurre, en general, con los acuerdos verticales. Cualquier análisis económico de los acuerdos verticales concluye que no generan poder de mercado y, por tanto, no son colusorios en el sentido que se acaba de exponer¹². Pues bien, todos los Códigos civiles occidentales prohíben los pactos *en perjuicio de tercero* (art. 6.2 CC) de forma que los cárteles estarían prohibidos aunque no existiera una legislación específica de la Competencia. En cuanto al abuso de posición dominante, la lectura del artículo 38 CE debería despejar las dudas respecto a que constituye un ejercicio abusivo de la libertad de empresa prohibido, como cualquier otro ejercicio abusivo de un derecho, por el artículo 7.2 CC¹³.

El “concepto” de *restricción de la competencia* que parece deducirse de la práctica de la Comisión Europea suele considerarse procedente de la escuela de Friburgo y su concepción de las restricciones de la competencia como “*restricciones a la libertad económica*” de los operadores en el mercado. Esta concepción es muy fácil de criticar: cualquier contrato es restrictivo de la competencia: si A se compromete a entregar a B la mercancía X, está comprometiéndose, simultáneamente, a no entregar la misma mercancía a C, D, etc. Si A promete su fuerza de trabajo a B, está negándosela a C, D etc. Y, por tanto, la idea de que el derecho de la competencia está ahí para impedir las restricciones a la “libertad económica” de los que participan en el mercado conduce a una prohibición desproporcionada de los acuerdos entre empresas¹⁴. Nuestra opinión es que, quizá, se ha exagerado la responsabilidad del pensamiento económico de los ordoliberales. En realidad, los ordoliberales de

¹⁰ v., por ejemplo, B. E. HAWK, “System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law”, *CMLR* 32(1995) p 973-989, p 973.

¹¹ “*Market power is perhaps the most fundamental factor in a competition analysis*” HAWK, *CMLR* 32(1995)p 975

¹² V., por todos, con más indicaciones, GUTIERREZ, *Normativa*, p 5 ss.

¹³ No podemos ahora detenernos en el desarrollo de esta cuestión. Baste señalar que las negativas injustificadas a contratar por parte de un monopolista han sido consideradas tradicionalmente, también por el Derecho Privado, como un ejercicio abusivo de la libertad de contratar y la negativa de una asociación monopolista o con posición de dominio a admitir a una persona como asociado de forma injustificada ha sido considerado como un ejercicio abusivo de la libertad negativa de asociación v., más ampliamente, J. ALFARO AGUILA-REAL, “Autonomía Privada y Derechos Fundamentales”, *ADC* 1993, pp 57-122; J. ALFARO AGUILA-REAL, “La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado”, *ADC* 1997, pp 155-186.

¹⁴ HAWK, *CMLR* 32(1995)p 978 donde refiere una sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en la que puede leerse “*there can be no doubt that the challenged practices of the NCAA limitations on, among other things, number of television appearances of each member of defendant association constitute a <<restraint of trade>> in the sense that they limit members’ freedom to negotiate and enter into their own television contracts. In that sense, however, every contract is a restraint of trade, and... the Sherman Act was intended to prohibit only unreasonable restraints of trade*”, *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma* 486 U.S. 85,89 (1984). La cita está muy bien pero el Tribunal Supremo no “remata” la faena ya que no dice qué restricciones del comercio son irrazonables.

Friburgo parecen maltratados injustamente¹⁵. Lo que los ordoliberales decían es que la protección de la competencia no es un fin en sí mismo. La competencia es garantía de la libertad, de modo que al proteger la competencia, se protege la libertad de forma que la *protección de la eficiencia deviene instrumental de la protección de la libertad individual*. Por tanto, no eran tan simples como para afirmar que cualquier contrato que limite la libertad de actuación de los que lo firman en relación con terceros (como se deduce de algunas decisiones antiguas de la Comisión) es un acuerdo anticompetitivo que merezca una prohibición *prima facie*. Muy al contrario. La escuela de Friburgo consideraba la competencia como un sistema regulador que garantiza la libertad en el sentido, precisamente, de que cuando los productos o servicios se producen en competencia, nadie está sometido al poder de nadie¹⁶. Y esto es bastante obvio. La competencia actúa como un *instrumento de desapoderamiento de los participantes en el mercado evitando que se produzcan situaciones de poder económico* que acaben determinando las decisiones sociales. Tal desapoderamiento se produce porque el empresario en competencia no tiene, en ningún momento, garantizada su posición actual en el mercado. Al contrario, está amenazado permanentemente por la posible entrada de un nuevo competidor o la reacción de los competidores frente a sus intentos de extraer rentas de los consumidores. La existencia de competencia es garantía del funcionamiento correcto del mecanismo contractual y, por lo tanto, de que la libertad económica de los individuos sea real, en la medida en que la existencia de competidores permiten al consumidor rechazar una oferta que no le conviene y acudir a los competidores para satisfacer su necesidad o deseo. Frente al Estado o frente a un monopolista no hay libertad contractual.

Así, pues, encaja en el esquema del pensamiento ordoliberal la prohibición de los acuerdos colusorios y no de los acuerdos que tengan efectos restrictivos de

¹⁵ "The first explanation for the inadequate economic analysis under 85(1) lies in the Commission's stubborn... adherence to the definition of a restriction on competition as a restriction on the <<economic freedom>> of operators in the marketplace. The principal weaknesses of the Freiburg School notion of restriction on economic freedom are (1) its failure to generate precise operable legal rules – i.e. failure to provide an analytical framework (2) its distance from and tension with microeconomics which does provide an analytical framework; (3) its tendency to favour traders/competitors over consumers and consumer welfare (efficiency) and (4) its capture under article 85(1) of totally innocuous contract provisions having no anticompetitive effects in an economic sense" HAWK, CMLR 32(1995) pp 977-978 quien no cita a ningún ordoliberal.

¹⁶ "Para los ordoliberales, no era suficiente con proteger al individuo del poder del Estado, porque el Estado no era la única amenaza para la libertad individual. Las instituciones económicas con poder podían destruir o limitar la libertad, especialmente, la libertad económica. Habiendo sido testigos del uso del poder económico privado durante el período de la república de Weimar para destruir las instituciones políticas y sociales, los ordoliberales insistieron en la necesidad de proteger a los individuos frente a los abusos de tales poderes. Esto significaba que el Estado debía ser suficientemente fuerte como para resistir la influencia de los grupos de poder privados..." D. GERBER, "Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the <<New>> Europe" *Am. J. Comp. L* 1994, p 36-37. Trataban de controlar el poder económico privado, en particular, los monopolios y cárteles que poblaban la economía alemana de los años treinta. Y en la nota 86: *The German term "vollständiger Wettbewerb" generally is translated as "perfect competition," but I here use the term "complete competition" because, as Wernhard Moschel has pointed out, "What counts for him [Eucken] is the absence of coercive power."* Moschel, "Competition from an Ordo Point of View," in *German Neo-liberals, supra n. 2*, at 157 n.16 *This helps recognize the difference in emphasis between the "perfect competition" of neo-classical price theory and ordoliberal thought*, es decir, libertad económica es libertad frente al poder coercitivo del monopolista o el dominante, no lo contrario a vinculación voluntaria.

la libertad de nadie. Si hay que restringir la libertad de algunos (negando validez a determinados contratos o prohibiendo determinadas conductas) sólo puede hacerse en aras de proteger la libertad de la mayoría¹⁷. Estos son los *perjudicados* por los acuerdos *colusorios*, esto es, perjudiciales para terceros. En definitiva, y como comenzaban estas páginas, el Derecho de la competencia tiene por objetivo controlar el poder de mercado.

4. Los acuerdos verticales no son cárteles. Podría señalarse de contrario que el argumento expuesto prueba demasiado y que, siendo coherente, habría que suprimir *tout court* el art. 81 y trabajar solo con el artículo 82. En efecto, parecería que los acuerdos horizontales entre competidores que plantean problemas de competencia son solo los que permiten a todos los contratantes, conjuntamente, obtener poder de mercado, por tanto, también podríamos analizar los cárteles en el marco exclusivo del artículo 82 comprobando si el contenido del acuerdo constituiría un abuso de haber consistido en una conducta unilateral de una empresa dominante..

Pero no es así: podemos presumir que los acuerdos entre competidores son *colusorios* porque podemos partir de la base de que los empresarios actúan racionalmente. Los acuerdos horizontales de reparto de mercados o de fijación de precios solo se llevan a cabo cuando, *gracias al acuerdo* se obtiene el poder de mercado, porque sólo en tal caso, el acuerdo puede ser *eficaz*, en el sentido de permitir a las partes del acuerdo obtener un precio supracompetitivo. En otros términos, *de la existencia del acuerdo entre competidores podemos deducir que su contenido es colusorio*. De ahí que sea razonable que el legislador presuma que todos los acuerdos *entre competidores*, con independencia de la cuota de mercado que consiga el cártel en su conjunto, son anticompetitivos y que los prohíba y sólo los considere válidos excepcionalmente (art. 81.3; arts. 2 ss LDC). La presunción de ilegalidad es razonable porque mientras que en relación con las condiciones contractuales, las autoridades de competencia disponen de un criterio para determinar si son “justas” o no, como es el recurso al Derecho supletorio que sería aplicable si la cláusula contractual no existiera, en relación con el precio, las autoridades de competencia no tienen forma de saber cuál es el precio competitivo, precio que tendría que conocer para determinar si el que está aplicando el cártel es supracompetitivo o no. Por tanto, una respuesta jurídica eficiente pasa por deducir el carácter supracompetitivo del precio pactado del mero hecho de que haya sido producto de un pacto ya que el precio competitivo, como su nombre indica, es producto de la competencia, esto es, de las decisiones individuales de cada uno de los participantes en el mercado, no de las decisiones coordinadas de los competidores.

Con los acuerdos verticales no pasa eso. Los acuerdos verticales no son – por definición – acuerdos *entre competidores*, sino acuerdos entre empresas situadas en distintos niveles de la cadena de producción y distribución de los productos y servicios y esta diferencia es fundamental porque, económicamente, los acuerdos horizontales son acuerdos entre empresas que producen bienes o

¹⁷ En este sentido, también, U. IMMENGA, “El Derecho del mercado”, RDM 235(2000) p 14: “desde el punto de vista del ordenamiento jurídico ha de ponerse el acento sobre los efectos económicos de la competencia, más allá de las funciones sociales que de ella se esperan. Dichos efectos consisten, básicamente, en la garantía de la libertad económica de todos los participantes en el mercado... La... libertad de elegir es presupuesto de una justicia contractual no sólo formal sino también material”

servicios *sustitutivos entre sí*, mientras que los acuerdos verticales son acuerdos entre empresas que producen *bienes o servicios complementarios* entre sí¹⁸. Con lo que se reconoce que los acuerdos verticales no tienen por objeto generar poder de mercado mediante la coordinación de la conducta de los competidores. Pero la propia Comisión Europea va más allá y reconoce llanamente que los acuerdos verticales sólo plantean problemas al funcionamiento concurrencial del mercado cuando los utiliza un empresario dominante¹⁹. Falta cualquier argumentación de por qué hay que considerar prohibidos los acuerdos verticales cuando las partes de los mismos carecen de poder de mercado.

La Comisión se contradice cuando tras haber reconocido que los acuerdos verticales no son anticompetitivos si no tienen posición de dominio las empresas que los celebran, afirma, en el párrafo siguiente, que *“limitará el ámbito de aplicación* (del art. 81 a los acuerdos verticales)... *a aquellas empresas que posean un cierto grado de poder de mercado, en caso de que la competencia intermarca pueda ser insuficiente”*. El problema es que, o una empresa tiene poder de mercado (capacidad para subir los precios a largo plazo sin sufrir una reducción significativa de su demanda) o no tiene poder de mercado. *Tertium non datur* y los economistas no reconocen que exista una categoría intermedia de empresas que, sin ostentar posición de dominio, ostentarían un *“cierto poder de mercado”*. La razón es muy simple de explicar: dado que los mercados reales no funcionan de acuerdo con los modelos de competencia perfecta, *todos los empresarios* incluida *“la tienda de la esquina”* tienen un *“cierto”* poder de mercado sin que a nadie se le haya ocurrido utilizar el Derecho de la competencia para combatirlo²⁰. Si se refiere al poder de

¹⁸ Así lo reconoce la propia Comisión en el párrafo 100 de las Directrices sobre acuerdos verticales, (Comunicación de la Comisión Europea sobre Directrices relativas a las restricciones verticales 2000/C 291/01, DOCE 13-X-2000): *“En las relaciones verticales el producto de uno es el insumo de otro, lo que implica que el poder de mercado ejercido por la empresa del mercado anterior o la del mercado posterior influiría, por lo general, negativamente en la demanda del producto de la otra”*.

¹⁹ *“no obstante, este carácter autorregulador* (derivado del hecho de que los intereses de fabricantes y distribuidores son contrapuestos) *no debe sobreestimarse. Cuando una empresa carece de poder de mercado, sólo puede intentar incrementar sus beneficios mediante la optimización de sus procesos de fabricación y distribución recurriendo o no a la ayuda de las restricciones verticales. No obstante cuando tiene poder de mercado, puede también intentar sus beneficios a expensas de sus competidores directos mediante un incremento de los costes de estos y a expensas de sus compradores y, en último término, de sus consumidores intentando apropiarse parte de sus excedentes. Esto puede ocurrir cuando la empresa que se encuentra en la fase anterior del proceso productivo y la que se encuentra en la fase posterior se reparten los beneficios extraordinarios o cuando una de las dos impone restricciones verticales apropiándose así de todos los beneficios extraordinarios”* (párrafo 101 Directrices Verticales).

²⁰ La tienda de la esquina tiene poder de mercado – puede cobrar precios supracompetitivos – porque conoce los costes de búsqueda de (algunos de) los que viven muy cerca de la tienda de forma que *“no les compensa”* desplazarse a una tienda más lejana cuyos precios sean más bajos. Sobre las funciones que corresponden y que no corresponden al Derecho de la competencia v., G. O. ROBINSON, *“On Refusing to Deal with Rivals”*, *U. of Virginia School of Law. Law & Economics Research Papers Series*, nº 01-3, mayo, 2001, p 4 disponible en www.ssrn.com en mayo de 2003: es útil, a efectos del Derecho de la competencia recordar los dos modelos de mercados más significativos. El primero es el mercado en el que hay muchos pequeños competidores que actúan independientemente cuando determinan cuánto producir. Es el modelo de los *“agricultores”* en cuyo mercado la producción individual es tan pequeña que la conducta individual de cada agricultor no puede afectar al precio y son tantos que es muy difícil que se pongan de acuerdo de forma estable. Este modelo se aproxima a la competencia perfecta. El otro modelo es el de la

mercado en sentido estricto, la empresa que lo disfrute ha de ser controlada a través del artículo 82 del Tratado (art. 6 LDC) tanto cuando realiza una conducta unilateral como cuando entabla cualquier tipo de relación con un tercero, sea competidor, cliente, proveedor etc.

Esta incoherencia analítica se confirma cuando se analizan las presuntas *consecuencias negativas de las restricciones verticales* detectadas por la Comisión Europea y justificadoras del control *antitrust* de este tipo de acuerdos²¹. Se señalan cuatro: exclusión (*foreclosure*); reducción de la competencia intermarca (*colusión*); reducción de la competencia intramarca y creación de obstáculos a la integración de mercados, “entre los que se incluyen, sobre todo las limitaciones a la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el Estado miembro de su elección”. Pues bien, las dos primeras solo son imaginables prácticamente en el caso de que las partes del acuerdo vertical tengan poder de mercado, por ejemplo, privando a los competidores en el primer caso del acceso a un bien escaso (distribución o insumos esenciales) o utilizando el acuerdo vertical como un instrumento de *enforcement* del acuerdo horizontal en el segundo. La última no es un problema de Derecho de la competencia, sino de Derecho económico según se expondrá más abajo y la tercera está completamente injustificada, es decir, no se explica en ningún lugar por qué, existiendo suficiente competencia *intermarca*, la reducción de la competencia intramarca es perjudicial para la competencia, a lo que los economistas dan una respuesta negativa de forma pacífica²².

¿Cuándo pueden ser dañinas las restricciones verticales? En principio, y si creemos en el principio *volenti non fit iniuria*, hay que presumir que los acuerdos verticales no son dañinos para las propias partes salvo que una de las partes tenga poder de mercado y pueda abusar de éste causando daño a la otra parte, por ejemplo, porque haya hecho *inversiones específicas*. Solo deben preocuparnos, pues, cuando puedan perjudicar a terceros, lo que no es sino una forma de definir el término colusorio²³. Tal cosa puede ocurrir, en primer lugar, porque eleve *los costes de cambiar para los consumidores* y, por tanto, provoquen decisiones de consumo subóptimas. Por ejemplo, alguien desea comprar *Pepsi-Cola* pero en la tienda donde entra, en virtud de un contrato de compra exclusiva, sólo venden *Coca-cola*, de forma que el consumidor ha de optar por adquirir *Coca-cola* -que no es su marca preferida- o dirigirse a otra tienda en la esperanza de encontrar allí su marca preferida. También puede elevar los *costes de información* de los consumidores. Si en un establecimiento sólo tienen

“competencia con rivalidad”. En este modelo ninguno de los productores controla una cuota de mercado suficiente como para determinar los precios pero el número de productores es suficientemente pequeño y la cuota de mercado individual es suficientemente grande como para que todos se den cuenta de que la competencia entre ellos es un juego estratégico en el que todos están interesados en saber lo que hacen o harán todos los demás. Es el modelo de competencia imperfecta o monopolística. Esta segunda es la que es relevante para el Derecho de la competencia porque no necesitamos Derecho antimonopolio para “controlar” la conducta de los agricultores en el primer modelo. El objetivo del Derecho antimonopolio es evitar que la competencia con rivalidad desaparezca, no tratar de convertir estos mercados en mercados de agricultores y los mercados en los que hay acuerdos verticales son estos segundos.

²¹ V., párrafo 103 de directrices verticales; v., un análisis de estos acuerdos verticales con efectos horizontales en relación con la cláusula de “cliente más favorecido” en J. BAKER, “Vertical restraints with horizontal consequences: competitive effects of “most-favored-customer” clauses”, *Antitrust L. J.* 1996, p 517 ss

²² Nos remitimos, nuevamente, a las indicaciones de GUTIERREZ, *Normativa, passim*.

²³ LEVER/NEUBAUER, *ECLR* 2000, p 11.

una marca, en virtud de un acuerdo de compra exclusiva, el consumidor no puede comparar dicha marca con las restantes *dentro de ese establecimiento*. En realidad, ambos efectos, amén de semejantes, tienen escasa incidencia en el funcionamiento concurrencial del mercado si hay competencia entre marcas (el coste de desplazamiento a otra tienda es muy bajo) y, sobre todo, si son productos de compra repetida (*bienes de experiencia*) porque, en tal caso, la comparación se realizará de forma sucesiva (la segunda vez que compre, el consumidor conoce los precios; el consumidor irá a una segunda tienda

Es más, hay que tener en cuenta que la reducción de la competencia intramarca puede *intensificar* la competencia intermarca. En este sentido, algunos pretendidos efectos negativos son, en realidad positivos. Por ejemplo, la mayor transparencia de precios que provoca la cláusula de precios de reventa impuestos, aunque facilita la colusión (porque los competidores pueden conocer los precios que practican los demás participantes en el mercado), reduce los costes de búsqueda de los consumidores y, con ello, intensifica la competencia intermarcas (los consumidores no tienen que hacer *shopping* entre los establecimientos de una misma marca). Por lo tanto, sólo debe preocuparnos en mercados muy concentrados de estructura oligopolística en los que la generalización de cláusulas de precio impuesto habrá de ser tenido en cuenta para determinar si hay *conductas conscientemente paralelas* entre los empresarios del sector o, incluso, abuso de posición dominante colectiva.

5. El mundo al revés: validez de los acuerdos verticales sólo si se justifican por razones de eficiencia. La liberalización operada por el Reglamento 2790/1999 parte, pues, de una configuración errónea de la relación regla/excepción. Parte de considerar todos los acuerdos verticales que incluyan restricciones a la competencia como prohibidos y, por tanto, nulos y, a continuación, justifica la validez de muchos de ellos sobre la base de que generan ganancias de eficiencia. Tal forma de actuar es errónea pero obligada para la Comisión una vez que ha incluido los acuerdos verticales en el artículo 81.1 del Tratado. En efecto, para poder “sacarlos”, tiene que recurrir al artículo 81.3 del Tratado que permite autorizar²⁴ acuerdos entre empresas incluidos en el artículo 81.1. El problema es que, para hacerlo, han de cumplirse condiciones muy restrictivas, a saber, que los acuerdos contribuyan “*a mejorar la producción o la distribución de los productos... y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante y sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos (ni)... ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate*”. Las consecuencias están servidas: los acuerdos verticales sólo se autorizan cuando esté demostrada su eficiencia y *sólo en la medida* en que sean imprescindibles para lograr las ventajas eficientistas predicadas de los mismos²⁵.

²⁴ *Rectius*, hoy, considerar autorizados por el art. 81.3 V., Reglamento comunitario 1/2003

²⁵ Así, por ejemplo, en el párrafo 9 de las Directrices verticales puede leerse que “*por encima del límite de la cuota de mercado del 30 % no cabe admitir la presunción de que los acuerdos verticales que entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 generarán con carácter general ventajas objetivas de tal naturaleza y dimensión que compensen las desventajas que causan a la competencia*”. Esta afirmación carece de cualquier lógica. Sería razonable si dijera: “*por encima del límite de la cuota de mercado del 30 % cabe suponer que*

No desconocemos que, desde muy tempranamente, la jurisprudencia del TJCE afirmó que los acuerdos verticales también entraban en el art. 81 aunque hay que reconocer, igualmente, que el fundamento económico para su inclusión dejaba mucho que desear porque no es obvio que si un acuerdo vertical intensifica la competencia, pueda ser calificado como un acuerdo que tiene como objeto o puede producir el efecto de falsear o restringir la competencia. En efecto, el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 13 de julio de 1966²⁶ afirmó que “*si bien la competencia entre productores es generalmente más aparente que entre distribuidores de la misma marca, de ello no se desprende que un acuerdo tendente a restringir esta última pueda escapar a la prohibición del apartado 1 del artículo 85, por el mero hecho de que pueda intensificar la primera*”. No creo que nadie suscribiera hoy semejante análisis²⁷, que muestra una notable ignorancia en el Tribunal hacia los diferentes modelos competitivos como si sólo existiera el modelo de competencia perfecta y el Derecho de la Competencia tuviera por objetivo prohibir cualesquiera prácticas que alejen la lucha competitiva de dicho ideal. Los productos de marca compiten según el modelo de competencia monopolística y a nadie sensato se le puede ocurrir

hay un riesgo de que no exista suficiente competencia intermarcas como para que los acuerdos verticales no planteen problemas de competencia”.

²⁶ *Grundig y Consten/Comisión*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. p. 429 v., también, con más indicaciones, V. VEROUDEN, “vertical Agreements and art. 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis”, *Antitrust L. J.* 71(2003) p 525 ss., p 532: “*In essence, the Commission has tended to equate a “restriction of competition” with a restriction on the economic freedom of the companies concluding the agreement or of third parties. As vertical agreements usually amount to some sort of restriction (e.g., a promise to grant exclusivity), many of them were prone to be caught by Article 85(1). By taking this approach, the Commission ensured that most vertical agreements ended up in the regulatory framework of the exemption system. Commentators have noted in this respect that the words “restriction of competition” have been interpreted to assert initial EU jurisdiction over the use of vertical agreements in the common market, rather than to give an assessment of whether individual agreements can be justified*”. Más adelante, añade que la inclusión de los acuerdos verticales en el art. 81.1 puede encontrar explicación en razones históricas fundadas en el predominio de la Escuela de Friburgo en la configuración del Derecho comunitario de la competencia y su insistencia en la *libertad de actuación* de los empresarios como fundamento del sistema competitivo. Una aplicación literal de esta idea conduce a considerar restrictivos de la competencia cualesquiera acuerdos que limitan la libertad de actuación de un empresario lo que, según se ha expuesto en el texto, es contradictorio con los propios fundamentos económico-constitucionales a los que sirvió la Escuela de Friburgo.

²⁷ En cuanto a los Estados Unidos, en donde las restricciones verticales que afecten al precio se siguen considerando ilícitas, el fundamento de la prohibición es igualmente especioso: se funda en un argumento puramente jurídico, a saber, la voluntad del Parlamento norteamericano deducida *a contrario* de la derogación de la norma que *autorizaba* las cláusulas de precio impuesto v., H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, 2ª edic. St. Paul-Minn. 1999, p 442. En todo caso, el Derecho norteamericano es mucho más liberal que el europeo en lo que a las restricciones verticales se refiere v., R. POSNER, *Antitrust Law*, 2ª edición, Chicago-Londres 2001, pp 171 ss; y las indicaciones sobre la aproximación liberal a los acuerdos verticales sin efectos horizontales de la Administración norteamericana en los años ochenta en, M.L. STEPTOE/D. L. WILSON, “Developments in Exclusive Dealing”, *Antitrust*, 1996, p 25 ss y para la evolución de la jurisprudencia v., M. E. ROSZKOWSKI, “State Oil Company v. Khan and the Rule of Reason: the End of Intrabrand Competition?”, *Antitrust L. J.* 1998, p 613 ss. See *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), and *Business Electronics Corp. v. Sharp Elec. Corp.*, 485 U.S. 108 (1988), which generally found that an “agreement” to fix prices between a manufacturer and his dealer is necessary for a practice to be deemed RPM subject to the per se rule; a manufacturer’s unilateral policy not to deal with discounters (and a dealer’s acquiescence to that policy) is not considered an “agreement” for these purposes. V., también GYSELEN, *CMLR* 1984, p 656 ss.

utilizar el Derecho de la competencia para asegurar que los productos de marca compiten según el modelo de competencia perfecta²⁸.

En todo caso, la jurisprudencia comunitaria al respecto no es todo lo clara que cabría esperar aunque no cabe duda de que ha apoyado la política de la Comisión en este sentido²⁹.

6. La contradicción de la concepción comunitaria con las bases del Derecho de la Competencia. Esta “filosofía” es contraria a los fundamentos constitucionales del Derecho de la competencia. Porque, como diría Hayek, nos enfrentamos a un problema muy serio de ignorancia o de falta de información.

En efecto, si el escrutinio jurídico de los acuerdos verticales y su consideración como válidos o ilícitos depende de que el acuerdo genere ganancias de eficiencia o no, deberíamos disponer de instrumentos suficientemente precisos que nos indiquen los acuerdos que generan tales ganancias y la cuantía de las mismas. En este punto es obligado recordar la advertencia de Coase: siempre que vemos una práctica comercial que no comprendemos tendemos a pensar que los empresarios la realizan para subvertir el orden competitivo. La Ciencia Económica ha avanzado mucho, pero no lo suficiente para explicar cada práctica que observamos en el mercado. Lo frecuente es que entendamos una práctica comercial mucho tiempo después de que se venga utilizando en el mercado. Es paradójico que las autoridades de competencia no “aprovechen” la ventaja fundamental del sistema de mercado frente al sistema de economía central: la información que produce el sistema sin necesidad de coordinación explícita entre los individuos que disponen para ello del sistema de precios. Y, naturalmente, a menudo, ni siquiera las empresas pueden dar una explicación racional de por qué adoptan determinado comportamiento

Un buen ejemplo de la tendencia a calificar como un acuerdo colusorio una práctica comercial que no se comprende bien es el de un caso clásico del Derecho norteamericano *Interstate Circuit*³⁰. *Interstate Circuit* era una empresa exhibidora de cine que tenía la titularidad de numerosas salas de cine y tenía el monopolio del “cine de estreno” en varias ciudades de Texas en los años treinta cuando existía esa diferencia entre salas de cine de estreno y las denominadas entre nosotros de “reestreno”. *Interstate Circuit* se dirigió a todas las distribuidoras de cine comunicándoles que si en los cines de “reestreno” en los que sus películas se exhibieran el precio era inferior a 25 centavos, *Interstate* dejaría de exhibir tales películas en sus cines de estreno (cuyo precio era de 40 centavos). Todas las distribuidoras aceptaron la solicitud de *Interstate* y fueron demandadas por algunos exhibidores de reestreno que, con el cambio de política, se veían forzados a aceptar una cláusula de “precio de reventa impuesto” en sus

²⁸ El TJCE dijo, sin embargo, en la Sentencia *Grundig* que “*the more producers succeed in their efforts to render their own makes of product individually distinct in the eyes of the consumer, the more the effectiveness of competition between producers tend to diminish*” GYSELEN CMLR 1984, p 660

²⁹ V., para lo que sigue, V. VEROUDEN, “vertical Agreements and art. 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis”, *Antitrust L. J.* 71(2003) p 525 ss e *infra* nº 7

³⁰ V., para lo que sigue, D. A. BUTZ/A. N. KLEIT, “Are Vertical Restraints pro- or Anticompetitive? Lessons from *Interstate Circuit*”, *J. L. & Econ.*, 2001, p 131 ss.

relaciones con las distribuidoras. El caso ha pasado a la historia como el que ha servido para definir cuando hay “conductas conscientemente paralelas” y, por tanto, un cártel no explícito entre – en este caso – las empresas distribuidoras³¹. En el análisis tradicional y moderno del caso se afirma que la conducta de las distribuidoras tenía razones monopolísticas por un lado y, por otro, que *Interstate* reducía los ingresos de sus rivales – los otros exhibidores – mediante la restricción vertical que logró obtener de las distribuidoras. Una revisión reciente de los hechos y la teoría del caso conducen a unas conclusiones diferentes. El caso es interesante, además, porque la restricción vertical del que trata es la “estrella” de las restricciones verticales: el precio de reventa impuesto que, como se ha explicado, sigue estando prohibida tanto en el Derecho comunitario como en el Derecho español de la competencia. Esta revisión del caso conduce a la siguiente conclusión: *cuando los distribuidores* – en el caso, los exhibidores cinematográficos – *son heterogéneos, la imposición de precios de reventa sirve efectivamente* y tal como sugiriera Telser en 1960 *a evitar el fenómeno del parasitismo de unos distribuidores sobre el esfuerzo de los otros* y, lo que es más novedoso, *a asegurar que la inversión en esfuerzo de venta y calidad en la distribución la realiza aquel distribuidor que puede soportar tales gastos a menor coste o de forma más eficiente*. En el caso *Interstate Circuit*, los esfuerzos de publicidad y promoción de las películas corrían a cargo – en la época – del exhibidor. Entre los exhibidores, es fácil colegir que los que podían invertir en promoción y publicidad de forma más eficiente eran los exhibidores de estreno. La ventaja comparativa de los exhibidores de estreno para realizar tales gastos reside en que la mayor parte de los ingresos de una película se obtenían en su explotación en estreno bajando mucho tales ingresos cuando la película ingresaba en el circuito de los reestrenos. Por tanto, los titulares de salas de reestreno no tenían incentivos para promocionar las películas. Ahora bien, si el precio de las entradas en los cines de reestreno era muy bajo en comparación con los precios en los cines de estreno y/o el período de carencia o de “primera ventana” no demasiado largo, el exhibidor de estreno no estaría en condiciones de recuperar la inversión realizada en promoción. Simplemente, los espectadores esperarían para ver la película en el cine de reestreno si el precio de sus entradas es mucho más barato. Para asegurar que los exhibidores de estreno realizan la promoción de las películas, es imprescindible que el precio de las entradas en los cines de reestreno no sea tan bajo como para no permitir la rentabilidad de las inversiones en promoción, inversiones que son eficientes porque aumentan el volumen de “asientos vendidos” en salas de cine. Obsérvese que, como añaden estos autores, *no es eficiente que los exhibidores de reestreno realicen esfuerzos de promoción de las películas*, porque la rentabilidad de tal promoción es muy baja. Consecuentemente, la función del precio de reventa impuesto no es incentivar a *todos* los distribuidores a que hagan esfuerzos de venta y de prestación de *servíce* sino el más general de evitar el parasitismo de unos distribuidores en los esfuerzos de otro. Se eliminan así las objeciones a la cláusula de precio impuesto que se han señalado por algunos autores en el sentido de que dicha cláusula provoca que los consumidores se vean “obligados” a pagar por un servicio que no desean o que el precio de venta al público sea excesivo y, por tanto, la oferta de los mismos inferior al óptimo. Si – como ocurre en el caso *Interstate* – los distribuidores son heterogéneos, el “producto” que venden al público, aunque aparentemente idéntico es distinto (uno

³¹ Esta es la interpretación del caso que puede verse en T.G KRATTENMAKER/S. C. SALOP “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price”, *Yale L. J.* 96(1986), p 209 ss.

con *service* y el otro sin *service*) y es lógico que tengan precios distintos. La cláusula de precio impuesto *mínimo*, en la medida en que no provoca identidad de precios por productos distintos sino, al contrario, asegura que los precios sean *suficientemente diferentes* pero *no tan diferentes* como para provocar la desaparición de uno de los dos canales de distribución (el del producto con *service*), maximiza la oferta, justo el efecto contrario al que se supone que provoca al elevar los precios para el consumidor final por encima del competitivo. Este análisis puede extenderse a cualquier otro caso de distribución de productos en los que existan dos tipos de distribuidores. El ejemplo de El Corte Inglés y tiendas baratas de electrodomésticos bastaría, pero la existencia de tiendas *factory* es otro buen ejemplo³². Además pone de manifiesto, nuevamente, la equivalencia de las distintas restricciones verticales. Los distribuidores de películas, en el caso *Interstate* podían obtener el mismo resultado que con el precio de reventa impuesto a las salas de cine de reestreno *retrasando* la exhibición en salas de reestreno de sus películas, es decir, ampliando la duración de la “primera ventana”. Curiosamente, en los contratos de licencia de películas para televisión que observamos en la actualidad, los plazos de “primera ventana”, “black-out” y “segunda ventana” y distribución en video de alquiler y visión en televisión en abierto son idénticos para todas las distribuidoras de cine. O hay una conducta conscientemente paralela por parte de las *majors* (y de las productoras-distribuidoras nacionales) de cine o es una forma de maximizar los ingresos de explotación de las películas. Por último, si se prohíbe la cláusula de precio impuesto y el uso de exclusivas territoriales no es factible dado el producto de que se trate, los fabricantes no tendrán más remedio que ser ellos los que realicen todos los esfuerzos de promoción y publicidad, asignándose así unos gastos que, seguramente, están mejor realizados en la cabeza del distribuidor. El caso que comentamos permite igualmente realizar alguna indicación acerca de cuándo la cláusula de precio de reventa impuesto es eficiente y no anticompetitiva: en *Interstate*, el precio “exigido” por esta empresa para que se impusiera a los cines de reestreno era sólo un poco más elevado del que establecían voluntariamente éstos. Y estos autores, con datos anteriores a la prohibición de la cláusula de precio de reventa impuesto demuestran que, en general, los fabricantes establecen normalmente precios de reventa bajos y que su objetivo no es eliminar la práctica del descuento por parte de los distribuidores sino solamente limitarla³³.

En cuanto a la *cuantía de las eficiencias* debe recordarse que los juristas hacemos análisis cualitativo, no cuantitativo salvo que tengamos estudios empíricos disponibles. En el Derecho del Mercado de Valores, por ejemplo, es más fácil realizar tales análisis porque disponemos de *hard data* (las cotizaciones y la reacción del público ante una determinada conducta) pero en el caso de los contratos no disponemos de *hard data* y, por eso Coase creó ese “Instituto para el estudio de los contratos” que trataba de examinar modos y modelos de contratación. De hecho, en el ámbito contractual es donde el análisis económico parece haber encontrado un límite bastante difícil de superar para el avance científico y Eric Posner ha sostenido, no sin razón, que no es previsible que haya grandes avances en dicho campo en el futuro, precisamente por la

³² “The manufacturer earns maximum profit from having two distribution channels coexisting, and by subsidizing full-service stores' effort, it ensures that this effort is joint profit maximizing. The manufacturer wants only to exercise control over the timing and extent of discounts. Relatively low price floors serve this purpose”. BUTZ/KLEIT, J. L. & Econ, 2001, texto sobre notas 57-58.

³³ BUTZ/KLEIT, J. L. & Econ, 2001, p 157.

ausencia de *hard data* y por la multiplicidad de variables y contingencias que implica su análisis que conducen a múltiples equilibrios lo que reduce la eficacia del análisis económico para proporcionar directivas a legisladores o jueces en el ámbito del Derecho contractual³⁴.

Como se ha señalado acertadamente, valorar las eficiencias – lo que viene exigido si se trata de aplicar el artículo 81.3 – en el caso de los acuerdos verticales y comparar tales eficiencias con los efectos restrictivos del acuerdo es como “*comparar peras con manzanas*” ya que las eficiencias derivadas de los acuerdos verticales son, según hemos visto, de carácter cualitativo (resolver el problema de la doble marginalización o del *free riding* de los distribuidores respecto del que aporta servicios pre y post venta o resolver problemas contractuales entre fabricante y distribuidor) y su cálculo y comparación con los presuntos costes en términos de reducción de la competencia son muy difíciles de realizar. Por ejemplo, “*a vertical agreement has the pro-competitive effect of solving a free rider problem on pre-sales advice, and where improved showroom facilities boost demand for the product by bringing its attributes to the attention of a large number of new customers. It is possible to estimate the welfare gains to those marginal consumers who were previously frozen out of this market due to their lack of information, but it is also possible that some existing consumers (who may have been better informed and thus did not need the showroom facilities to aid their choice) may be worse off after the agreement is implemented, especially if they are obliged to <<pay>> for the unwanted pre-sales service through a higher distribution margin...*” Y, lo que es peor, ¿cómo pueden compararse tales beneficios y costes?³⁵

Pero, además, tampoco conocemos cuáles son los *efectos restrictivos* y *cómo son de graves*. Recuérdese que no es el objetivo del Derecho de la competencia maximizar la competencia en el mercado. Proteger la competencia es, simplemente, evitar que los mercados dejen de funcionar competitivamente, no que cada empresario compita sin parar³⁶.

Un ejemplo aclarará la cuestión. Está prohibida por el artículo 5 del Reglamento la cláusula por la que, en un sistema de distribución selectiva, “*el proveedor impide, directa o indirectamente, que sus distribuidores autorizados adquieran a determinados proveedores competidores productos para su reventa... lo que se pretende... es evitar que una serie de proveedores que utilizan las mismas salidas de distribución selectiva impidan a uno o varios competidores específicos servirse de estas salidas para distribuir sus productos (marginación de un proveedor competidor que constituiría una forma de boicot colectivo)*” Directrices verticales párrafo 61. Es decir, se prohíbe, no porque sea un acuerdo vertical, sino porque el acuerdo vertical es expresión de un cártel entre proveedores ya que un boicot colectivo no es mas que un acuerdo restrictivo de la competencia. Pero, ¿qué sentido tiene prohibir una cláusula semejante cuando un fabricante desea que en las tiendas en las que se revendan sus

³⁴ E. POSNER, “Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?” *Yale L. J.* 112(2003) pp 829 ss.

³⁵ RBB Economics, Brief 15, julio 2004.

³⁶ H. DEMSETZ, *La economía de la empresa*, Madrid, 1997, p 183 y p 184; sobre las dificultades para la intervención en mercados de competencia monopolística, como son aquellos en los que típicamente existen sistemas de distribución selectiva v., en general, N. G. MANKIW, *Principios de Economía*, trad. esp., de Rabasco y Toharia, Madrid, 1998 p 340; GYSELEN, *CMLR* 1984, p 666: “*it is virtually impossible to make accurate estimates of the social benefits and costs of nonprice competition*”

productos éstos no estén juntos con los de una marca determinada que, a su juicio, hace desmerecer la reputación de sus productos o puede “contaminar” la imagen de sus propios productos adhiriéndole connotaciones que contradicen los objetivos de la marca o implicaría una “competencia parasitaria” por parte de dicho competidor? Obsérvese que si este tipo de cláusulas las impone un empresario que carezca de poder de mercado, ningún efecto podrá tener sobre el mercado porque el distribuidor sólo estará dispuesto a aceptarla si el fabricante le paga lo bastante como para compensarle la pérdida de beneficio asociado a la distribución de la marca cuya venta en el mismo establecimiento quiere impedir. Una prohibición como la contenida en el art. 5 c Reglamento de verticales es desproporcionada.

La consecuencia no se deja esperar. La exigencia del cumplimiento de los requisitos del artículo 81.3 del Tratado es perfectamente razonable cuando se trata de autorizar un acuerdo horizontal entre competidores del que cabe deducir *prima facie* una pérdida de bienestar general pero supone plantear la relación regla/excepción al revés cuando se trata de acuerdos verticales y conduce, generalmente, a prohibiciones desproporcionadas de acuerdos entre particulares que constituyen expresiones legítimas de la libertad contractual y de empresa.

7. Consecuencias para el Derecho comunitario y para el Derecho español. El planteamiento expuesto hasta aquí no permite hacer juicios de ilegalidad de la regulación comunitaria en relación con los Tratados de la Unión Europea porque, según se ha expuesto, parece doctrina consolidada que no creemos que pueda cambiarse, que el Derecho de la competencia puede utilizarse para remover las barreras privadas al comercio entre Estados miembro. Las consecuencias son más importantes para el Derecho español ya que parece mucho más claro que el Derecho de la competencia español no tiene como objetivo remover las barreras al comercio interior que puedan resultar de la actuación de los particulares más allá de que pueda calificarse tal actuación como abuso de posición dominante. Si el legislador español quiere prohibir acuerdos entre particulares ha de establecer las prohibiciones concretas en normas con rango de Ley.

Se intentará demostrar que el planteamiento expuesto permite, además, resolver adecuadamente los principales problemas que preocupan a las autoridades de competencia de una forma mucho más coherente con el sistema económico de mercado. Sólo podemos abordar aquí algunos de ellos. Así, haremos algunas reflexiones sobre la cuestión de la lista de cláusulas “negras” prohibidas absolutamente (*infra* 8); el problema de la utilización de una determinada restricción vertical por la totalidad de los empresarios de un sector (*infra* 9) y los acuerdos verticales suscritos por una empresa dominante (*infra* 10).

8. La lista negra de cláusulas absolutamente prohibidas y la integración de los mercados como objetivo del Derecho de la competencia. Desde el planteamiento que aquí se defiende, es inexplicable la existencia de una *lista negra de cláusulas absolutamente prohibidas en acuerdos verticales* (art. 4 Reglamento 2790/1999 y, en buena medida, también, el art. 5). Su incoherencia con los planteamientos económicos que el

Reglamento dice asumir ha sido repetidamente puesta de manifiesto³⁷. La lista adquiere sentido si se acepta que su existencia no tiene que ver *principalmente* con el Derecho de la competencia. El Reglamento no prohíbe estas cláusulas porque lo exija el Derecho de la competencia, sino porque el Derecho comunitario tiene como objetivo la consecución de un mercado único y se está utilizando el Derecho de la competencia para *impedir las barreras al comercio intracomunitario que establezcan los particulares*.

En efecto, constituye una doctrina jurisprudencial muy consolidada que la función del Derecho de la Competencia no se limita a garantizar la existencia de competencia no falseada en el mercado común (art. 3.1 *g*) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, el Tratado)) sino que puede y debe utilizarse para garantizar la remoción de los obstáculos no sólo públicos sino también privados a la plena consecución de un mercado interior caracterizado como aquél en el que no existen “*obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales*” (art. 3.1 *c*) del Tratado)³⁸. En las directrices (párrafo 7) se alude expresamente a esta finalidad cuando se afirma que, respecto de las cláusulas prohibidas absolutamente “*la Comisión no está obligada a evaluar sus efectos reales en el mercado (!). La integración de los mercados es un objetivo adicional de la política de competencia de la Comunidad... No se debería permitir que las empresas volviesen a establecer barreras privadas... ahora que han sido eliminadas con éxito las estatales*”³⁹. Aunque la cuestión es muy compleja, permítasenos realizar una doble crítica al planteamiento de las autoridades comunitarias.

a) A nuestro juicio es criticable la utilización del Derecho de la competencia para eliminar barreras *privadas* al comercio entre Estados miembro. Parece razonable afirmar que si se trata de suprimir obstáculos a la libre circulación de mercancías y personas, la conexión de dicho objetivo con las libertades fundamentales (arts. 23 ss Tratado) debería conducir a la conclusión de que se trata de un mandato a los poderes públicos de toda la Comunidad para que eliminen los obstáculos *públicos* a la conformación de un mercado interior. En relación con los acuerdos privados y el Derecho de la competencia, no cabe duda de que procede la prohibición de los acuerdos entre competidores que conduzcan a la compartimentación del mercado europeo porque los competidores celebren un *cártel de reparto de mercados* en Europa, prometiéndose recíprocamente no entrar en el mercado nacional del

³⁷ GUTIERREZ, *Normativa* p 35 ss.

³⁸ V., con más indicaciones, BELLAMY & CHILD, *EC Competition Law*, 2001, p 39 R. WISH, *Competition Law*, p 19 quien señala igualmente, que “*unification of the single market is an obsession of the Community authorities; this has meant that decisions have sometimes been taken prohibiting behaviour which a competition authority elsewhere, unconcerned with single market considerations, would not have reached*”.. V., también el *Informe sobre Política de competencia XXIX*, 1999, punto 3 que parece responder a la idea de que el objetivo del Derecho de la competencia es obligar a los empresarios a competir.

³⁹ En realidad, y como se deduce del Libro Verde sobre restricciones verticales en la política de competencia comunitaria que estuvo en la base del Reglamento 2790/1999, la Comisión estaba decidida a utilizar el Derecho de la Competencia para avanzar en la integración de los mercados europeos V., nº 70 ss del Libro Verde. En todo caso, la prohibición absoluta de las cláusulas de precio impuesto de reventa no se justifica ni siquiera desde el punto de vista de sus efectos sobre la unidad de mercado. Al margen de los supuestos en los que, dada la cuota de mercado del fabricante, sus efectos sean despreciables, lo único que habría que prohibir es la imposición de precios de reventa *diferentes* para cada distribuidor según el Estado en el que desarrolle su labor porque sólo si los precios de reventa impuestos son diferentes en cada Estado, tienen los consumidores incentivos para hacer arbitraje y se actualiza el riesgo de compartimentación del mercado europeo

competidor. En tal caso, *es el acuerdo entre las empresas el que produce el efecto de compartimentar los mercados*. Pero, en el caso de las restricciones verticales, lo razonable es pensar lo contrario: las restricciones verticales utilizadas por empresarios privados no son *la causa de la compartimentación del mercado europeo sino el efecto* de la existencia de mercados geográficamente distintos dentro de Europa. Así, parece razonable que la sidra sea más barata en Asturias que en Almería por la simple razón de que cabe suponer que la competencia sea más intensa al respecto en Asturias, el mercado más transparente, los consumidores mejor informados, los costes de obtención de la materia prima más bajos etc. Si a un fabricante de sidra no se le permite vender la sidra más cara en Almería que en Asturias, dejará de vender en Almería ya que no podrá recuperar los mayores costes que le supone promocionar el consumo de sidra en Almería: él soportará los costes y el distribuidor que hace arbitraje con la diferencia de precios y compra la sidra en Asturias para venderla en Almería (el “importador paralelo”) obtendrá el beneficio. El resultado práctico puede ser el de un remedio peor que la enfermedad: se evita la compartimentación del mercado europeo a un coste muy superior para la integración económica como sería que las empresas nacionales se internen en los restantes mercados nacionales europeos en menor grado del que lo harían si se les permitiera utilizar restricciones verticales para protegerse frente al *free riding*⁴⁰. En este sentido debería considerarse superada la doctrina de la sentencia *Consten – Grundig* y limitar su valor a la distinción entre acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia y acuerdos que tienen efectos restrictivos, distinción que permite incluir, sin más análisis, los primeros en el artículo 81.1 mientras que es necesario un análisis de los efectos sobre el mercado del acuerdo en cuestión cuando se trata de los segundos⁴¹.

Así pues, en términos conceptuales existe una contradicción entre las razones que justifican la autorización de los acuerdos verticales y las que justifican la integración de los mercados ya que, precisamente *“parallel imports may indeed give rise to free rides from one exporting dealer on the promotional or servicing efforts of one local dealer. In the EEC Commission’s eyes, however, the free rider is a hero because his sales foster the free movement of the brand within the common market and thus contribute to*

⁴⁰ Este tipo de argumentos han sido utilizados pero, al parecer, no escuchados, en el pasado v., las indicaciones en R. W. DAVIS/E. GASTINEL, “Avoiding the Pitfalls of EC Distribution Law”, *Antitrust*, 1993, p 33 ss., notas 15 y 16. v., también, VEROUDEN, *Antitrust L. J.* 71(2003) pp 546-547: *“If entering a new national market requires substantial investments by a local distributor, it may be necessary to grant this distributor protection against intrabrand competition (e.g., from parallel importers). Commentators note in this respect, however, that one should not forget that in the 1960s, progress toward the establishment of the single European market was nowhere near as advanced as it is today. For example, the landmark decisions of the Court of Justice on the free movement of goods in the Dassonville and Cassis de Dijon cases only occurred in the mid to late 1970s. In a sense, the Court still had to build a “culture” of European integration, an objective perhaps best pursued by recognizable policies like the one chosen in Consten and Grundig”*.

⁴¹ VEROUDEN, *Antitrust L. J.* 71(2003) pp 547-548 señalando que, en todo caso, la jurisprudencia debe entenderse en el sentido de que el análisis económico no puede servir para legitimar las cláusulas que otorgan protección territorial absoluta al distribuidor, lo que es coherente, según este autor con el hecho de que en el Tratado, la libre competencia debe considerarse más bien como un medio que como un fin en sí mismo de forma que se da prioridad a la consecución de la integración de los mercados europeos. No creemos que ambos objetivos puedan separarse y, tal como se señala en el texto, que la prohibición de los cárteles pueda ser utilizada eficazmente para eliminar barreras privadas a la libre circulación de bienes.

*market integration. Consequently, restraints which limit his room for manoeuvre are subject to close scrutiny and will often fail to qualify for an exemption under Article 85, para. 3 of the EEC Treaty*⁴². Lo que explica que la Comisión haya admitido realizar una ponderación entre el objetivo de integración de los mercados y los beneficios contractuales de las restricciones verticales considerando no restrictivos (no incluidos en el art. 81.1) los acuerdos verticales en los que “*manufacturers, preferably small or medium sized, facing the task of opening up new markets for an unknown or less popular brand, appoint dealers who incur extra promotional or servicing costs and who therefore need extra shelter against free rider raids; unfettered parallel imports originating with these free riders would discourage the victimized dealers from pushing the brand any longer and would ultimately run counter to the objective of establishing one market with interbrand competition on a larger scale*”⁴³. La contradicción deriva de que la competencia en el precio y la competencia en las otras dimensiones del producto se plantean de forma alternativa y “*existe una estrecha interconexión entre competencia en el precio e integración del mercado*”⁴⁴, porque los mercados se definen geográficamente, precisamente porque en toda su extensión el precio para el mismo producto es idéntico.

El resultado es, sin embargo, un exceso de “microgestión” de las estrategias competitivas de las empresas. Por ejemplo, el argumento del *free riding* es aceptado por la Comisión europea para justificar cláusulas de protección territorial absoluta del distribuidor en los términos que acabamos de ver en el caso de los acuerdos de licencia de tecnología y en el Reglamento de distribución de automóviles, y en el Reglamento de verticales en general. Así, en el párrafo 116 de las directrices verticales puede leerse que “*abrir nuevos mercados o introducirse en ellos (puede justificar cláusulas de protección territorial absoluta). En el caso de que un fabricante desee introducirse en un nuevo mercado geográfico, por ejemplo, exportando por primera vez a otro país, ello puede implicar la realización de inversiones iniciales específicas por parte del distribuidor para introducir la marca en el mercado. Para convencer a un distribuidor local de que realice estas inversiones, cabe la posibilidad de que sea necesario ofrecer protección territorial al distribuidor, de forma que pueda recuperar estas inversiones fijando un precio más elevado temporalmente. En ese caso, durante un período limitado de tiempo se debería restringir a los distribuidores establecidos en otros mercados que vendiesen en el nuevo mercado. Es este un caso especial del problema del parasitismo descrito en el punto 1*” Y, en el párrafo 119 n° 10, se añade que “*en el caso de nuevo producto o de primera venta de un producto existente en un mercado geográfico diferente... las restricciones verticales relacionadas con la apertura de nuevos mercados de productos geográficos, no restringen por lo general la competencia. Esta norma es válida con independencia de la cuota de mercado de la empresa, durante un período de dos años después de la primera introducción del producto en el mercado. Se aplica a todas las restricciones verticales que no sean especialmente graves, y, en caso de nuevo mercado geográfico, a las restricciones a las ventas activas y pasivas impuestas a los*

⁴² L. GYSELEN, “Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale Under EEC Competition Law”, *Common Market Law Review* 21(1984) P 647 ss., p 649.

⁴³ GYSELEN, *CMLR*1984, p 650

⁴⁴ GYSELEN, *CMLR*1984, p 660

compradores directos del proveedor situados en otros mercados a los intermediarios del nuevo mercado...”

Téngase en cuenta que se refiere a la evaluación individual, es decir, a los casos de empresas con cuotas superiores al 30 % y que, por tanto, no pueden acogerse automáticamente a la exención general. Pero, obsérvese que no se extiende a las restricciones especialmente graves (las protecciones territoriales absolutas y las cláusulas de precio de reventa impuesto) salvo para la prohibición de ventas activas y pasivas a los otros distribuidores respecto del territorio del nuevo distribuidor. La sensación de arbitrariedad y sobrerregulación es inevitable. Porque, (i) si el efecto práctico es semejante ¿por qué sí vale una protección territorial absoluta y no una cláusula de precio de reventa impuesto?; (ii) ¿por qué son restrictivas de la competencia unas cláusulas a partir del tercer año siendo así que antes del tercer año de introducción en el mercado no lo son? ¿De dónde saca la Comisión que dos años es el período exacto para todos los tipos de productos? ¿Corresponde al Derecho de la competencia dictar reglas tan detalladas acerca de lo que pueden y no pueden hacer las empresas en sus estrategias de distribución?

En relación con los acuerdos de transferencia de tecnología

Y dentro de los primeros, con limitaciones. Esta pretensión de realizar un ajuste fino parte de la creencia por parte de la Comisión de la posibilidad de controlar el funcionamiento del mercado. Las leyes de la imposibilidad de la intervención completa y de las consecuencias inesperadas debieran ser suficientes para abandonar tales pretensiones.

Pero esta “ponderación” conduce definitivamente a considerar problemáticos los acuerdos verticales *únicamente cuando son empresas dominantes las que los celebran*. Porque si las empresas que impiden las importaciones paralelas no son dominantes, sólo puede decirse que el mercado europeo se compartimenta si se define el “mercado” incorrectamente, no como el mercado del producto (la sidra) sino como la marca (El Gaitero). Es decir, se incurre en la falacia del “monopolista de la propia marca”⁴⁵.

Es más, si la *compartimentación* de los mercados nacionales la consigue lograr una empresa a través de actuaciones unilaterales – sin llegar a un acuerdo con sus distribuidores – la conducta es lícita desde el punto de vista del Derecho de la competencia. El caso *Bayer* es muy expresivo en este sentido de la contradicción en que incurre la política comunitaria. *Bayer* consiguió evitar la reexportación de su producto *Adalat* por parte de sus distribuidores español y francés hacia Gran Bretaña – donde el producto se vendía a un precio superior – limitando las cantidades que suministraba a dichos distribuidores y reduciéndoselas sucesivamente en función de las cantidades que éstos hubieran reexportado cada año. Conseguía así *Bayer* protegerse frente a las importaciones paralelas pero, como no había acuerdo entre *Bayer* y sus distribuidores sino que la conducta de *Bayer* era producto de una decisión unilateral por su parte, el TPI y el TJCE fallaron a su favor y en contra de la

⁴⁵ “One could argue that the Commission should not be so much concerned with the free movement of one brand but rather with the free movement of all branded goods constituting one relevant market” CMLR 1984, p 667.

Comisión Europea que había afirmado la existencia de un acuerdo. Pues bien ¿está acaso justificado tratar de forma diferente la conducta de Bayer y la conducta de otra farmacéutica que acordara con sus distribuidores que éstos no reexportarían sus productos fuera del territorio asignado? La respuesta es que no y de ello se deduce que el derecho de la competencia no es la herramienta correcta para resolver el problema de las importaciones paralelas. Si el problema es la compartimentación de mercados, las autoridades comunitarias deberían poder prohibir todas las conductas conducentes a dicha compartimentación y no solo las que son resultado de un acuerdo. Si no pueden hacerlo – y solo pueden prohibir las que son resultado de un acuerdo – deberían prohibir solo las compartimentaciones del Mercado que sean el resultado de que los *competidores* han sustituido la competencia por la cooperación (cártel de reparto de mercados)⁴⁶. El TPI parece estar de acuerdo con esta interpretación cuando en la sentencia *Bayer* afirmó que “*it is not open to the Commission to attempt to achieve a result, such as the harmonisation of prices in the medicinal products market by enlarging or straining the Scope of (las normas del Tratado relatives al Derecho de la competencia)... especially since that Treaty gives the Commission the specific means of seeking such harmonization where it is undisputed that large disparities in the prices of medicinal products in the Member States are engendered by the differences existing between the state mechanisms for fixing prices and the rules for reimbursement as is the case here*” (párrafo 179 de la sentencia TPI en el asunto *Bayer*)⁴⁷.

Aunque el mercado farmacéutico puede ser muy especial, por la extraordinaria presencia de los Estados como clientes y como reguladores de los precios, no es irrazonable pensar que la Comisión debería poder demostrar que las restricciones verticales que considera *hard core restrictions* y que, por tanto, considera prohibidas con independencia de sus efectos reales sobre el mercado, de permitirse, dificultarían la consecución del mercado integrado. O, al contrario, que la desaparición de tales prácticas homogeneizaría las condiciones de competencia en toda Europa. Si el razonamiento que se ha hecho a través del ejemplo de la sidra es correcto, no hay ninguna seguridad de que sea así.

b) Y es que, en efecto, la utilización del Derecho de la competencia para promover la integración de los mercados europeos obliga a coherencia la aplicación de sus normas con las de las reglas explícitamente previstas en el Tratado para tal finalidad, esto es, las libertades fundamentales del Tratado. La doctrina tradicional sobre las relaciones entre Derecho de la competencia y

⁴⁶Según algunos autores, algunas afirmaciones del TPI en su sentencia darían pie para afirmar que “*whereas the Commission had argued that the very fact of hindering parallel imports of pharmaceutical products infringes art. 81 of the Treaty, referring to the Sandoz and Primecrown cases, the CFI considered that <<the reasoning of the Court in Merck and Beecham, contrary to what the Commission claims, does not in any way presume a general prohibition on preventing parallel exports, applying not only to Member States but also, and in all cases, to undertakings*” P. REY/J. S. VENIT, “Parallel Trade and pharmaceuticals: a policy in search of itself”, *European L. Rev.* 2004, p 158.

⁴⁷ Es dudoso si la opinión del TPI está basada en que, dada la intervención del Estado en la fijación de precios de productos farmacéuticos, es imposible conseguir la igualación de los precios (según la propia Comisión “*most, but not all, of the financial benefit del comercio paralelo accrues to the parallel trader rather than to the health care system or patient*” Communication on the Single Market in Pharmaceuticals de 25-XII-1998) a lo ancho de toda la Unión Europea recurriendo al comercio paralelo, en cuyo caso, la argumentación no sería extensible a otros mercados.

libertades fundamentales del Tratado es la de la separación⁴⁸. Las libertades de circulación de personas, capitales, mercancías y servicios y la libertad de establecimientos son libertades *frente a los Estados* de forma que limitan las posibilidades de actuación de éstos⁴⁹. Por el contrario, las normas de competencia del Tratado se aplican, en principio, *a los particulares* y sólo excepcionalmente – a través del art. 86 en relación con el artículo 10 – a los Estados. Esta separación no ha sido nítida en la jurisprudencia y práctica de las autoridades comunitarias, en parte, porque – como se ha señalado hasta aquí – se han utilizado ambas para prevenir la compartimentalización del mercado común. La cuestión es que la utilización conjunta de ambos grupos de normas para este fin ha generado una pérdida de sistemática y coherencia al Derecho comunitario. Así, en el caso *Bayer*, el TPI llegó a decir que los Estados no pueden tomar medidas que restrinjan la libre circulación de mercancías fuera de lo dispuesto en el antiguo art. 30 del Tratado mientras que esa prohibición no se dirigía en los mismos términos a las empresas privadas que tendrían un derecho legítimo a intentar restringir el comercio paralelo siempre que no infrinjan lo dispuesto en los artículos 81 y 82, es decir, que no lo hagan a través de un acuerdo o que no sean empresas dominantes⁵⁰. Esto es sistemáticamente inaceptable ya que no se vé por qué ha de valorarse de forma diferente la conducta de *Bayer* cuando es resultado de su voluntad unilateral y cuando lo es de un acuerdo con sus distribuidores según se ha expuesto más arriba.

El caso *Wouters* constituye un buen ejemplo de esta pérdida de coherencia. Como es sabido, en dicho caso se discutía la prohibición establecida por el Colegio de Abogados de Holanda del ejercicio conjunto de la profesión entre abogados y auditores. El TJCE consideró que la decisión de la corporación holandesa no quedaba incluida en la prohibición del artículo 81 del Tratado aunque se trata, obviamente, de una decisión colectiva que restringe la competencia. La base argumental del Tribunal fue que constituía una regulación razonable para asegurar el correcto funcionamiento de la profesión de abogado, razonabilidad que deducía de argumentos que nada tienen que ver con la Competencia o el Derecho de la competencia como fueron la necesidad de preservar el secreto profesional y de evitar los conflictos de interés⁵¹. Como se aprecia claramente, el razonamiento del Tribunal es idéntico al que se utiliza en el marco del análisis de las restricciones estatales a la libre circulación de mercancías (validez de las restricciones no discriminatorias siempre que sean necesarias para atender a exigencias imperativas relacionadas con la salud, seguridad o derechos de los consumidores etc)⁵². Pues bien, a nuestro juicio, el razonamiento del Tribunal en este caso es erróneo aunque el resultado nos parece correcto. La “regulación” del colegio de abogados holandés no es

⁴⁸ El análisis que sigue nos ha sido sugerido por la exposición de R. O'LOUGHLIN “EC Competition Rules and Free Movement Rules: An Examination of the Parallels and their Furtherance by the ECJ *Wouters* Decision” *ECLR* 2003, p 62 ss., de quien discrepamos, obviamente, en las conclusiones.

⁴⁹ No ignoramos que la jurisprudencia comunitaria ha admitido la *eficacia horizontal* de alguna de las libertades fundamentales v., por todos, S. LEIBLÉ, “Unmittelbare Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit”, *JA*, 2000, p 830 ss

⁵⁰ REY/VENIT, *European L. Rev.* 2004, p 159

⁵¹ V., O'LOUGHLIN, *ECLR* 2003, p 68.

⁵² V., con más indicaciones, por todos, v. M. LOPEZ ESCUDERO, Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad económica europea, Granada 1991; LOPEZ ESCUDERO, “La jurisprudencia Keck y Mithouard: Una revisión del concepto de medida de efecto equivalente”, *RJE*, 1994, p 394 ss; H.P. SCHWINTOWSKI, “Freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt”, *RabelsZ* 64(2000) p 38 ss

contraria al Derecho comunitario pero no porque no sea un acuerdo restrictivo de la competencia, sino porque – como sucede en nuestro país (v., Ley de Colegios Profesionales) – hay que entender que los colegios de abogados tienen delegada una función pública como es la de regular la profesión para evitar la competencia desleal y asegurar la protección de los intereses públicos implicados. El enjuiciamiento comunitario de tal regulación ha de hacerse, pues, con el tipo de razonamiento utilizado por el Tribunal cuando examina normas públicas y, por tanto, examinando si existían intereses generales que justificaran una regulación restrictiva de la libre prestación de servicios profesionales. Al enmarcar el análisis en el artículo 81 del Tratado, el Tribunal deforma éste y lo aplica como si contuviese una *rule of reason*. Para comprobar esta deformación basta con imaginar qué hubiese pasado si la prohibición de ejercicio conjunto fuese producto de un pacto entre todos los abogados de Holanda. Estamos convencidos de que el Tribunal lo habría calificado como restrictivo de la competencia y prohibido por el artículo 81 del Tratado con independencia de que hubiera razones de interés público detrás de semejante pacto.

La conclusión para el examen de los acuerdos verticales es que la aplicación del Derecho de la competencia para evitar la compartimentalización del mercado común consecuencia de acuerdos entre particulares es contradictoria en términos valorativos y desproporcionada en sus efectos. Es contradictoria en términos valorativos porque no pueden aplicarse criterios igualmente rigurosos al enjuiciamiento de decisiones públicas y privadas, sencillamente porque las primeras no son resultado del proceso competitivo y las segundas sí. Y resulta aún peor que mientras que se afirma que los efectos son idénticos en uno u otro caso (limitar la libre circulación de mercancías o prestación de servicios), los requisitos para afirmar su validez *son más rigurosos para los acuerdos privados*. En efecto, si una medida restrictiva es pública, su validez depende de que existan intereses generales y públicos que la justifiquen mientras que si la medida restrictiva es resultado de un acuerdo entre particulares, su validez depende de que se den los requisitos enumerados en el art. 81.3 del Tratado, (siendo los del artículo 81.3 más estrictos: *numerus clausus* frente a cláusula general en los arts. 36 y concordantes). No se entiende por qué los particulares han de ver su libertad de actuación limitada en mayor grado que los poderes públicos⁵³.

Si trasladamos el razonamiento a los Derechos nacionales de la competencia, que velan por el mantenimiento de la competencia en mercados interiores – los nacionales – ya integrados, la conclusión resulta inmediata: no hay argumento alguno para incorporar acriticamente el objetivo de la integración de los mercados si tal cosa se hace sobre la base de limitar la libertad contractual de las empresas⁵⁴. Ese no puede ser el objetivo de la legislación de competencia en el Derecho español, simplemente porque aquí no hay problema de unidad de mercado y porque la Constitución – en la interpretación del Tribunal Constitucional – prohíbe a *los poderes públicos*

⁵³ Ver capítulo Derecho antimonopolio

⁵⁴ V., WISH, *Competition Law* p 330-331 para la exención general para los acuerdos verticales recogida en la Order 2000/310 que desarrolla la *Competition act* británica. V., al respecto, F. BARR, “Has the UK gone European: Is the European Approach of the Competition Bill More than an Illusion? 19(1998) p 142; resulta chocante, además, que una buena parte de las restricciones verticales de las que se ha ocupado nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia planteen problemas exclusivamente de integración de mercados y no de restricciones sensibles a la competencia.

tomar medidas contrarias a la unidad de mercado, pero no a los particulares, salvo, nuevamente, que tengan poder de mercado.

9. La utilización de idénticas restricciones verticales por los empresarios de un sector económico. El planteamiento expuesto hasta aquí podría no ser convincente cuando, en un determinado sector económico, se utilizan por todos o la mayoría de los empresarios idénticas restricciones verticales⁵⁵. En tal caso, existe el riesgo de que se haya eliminado la competencia en ese ámbito y que se produzca una compartimentación significativa del mercado común lo que justificaría, bien la retirada de la exención como prevé el Reglamento 2790/1999, bien – preventivamente – una prohibición genérica de utilización de la cláusula correspondiente. A nuestro juicio, tal forma de abordar la cuestión no es la correcta. Para abordarla correctamente conviene comenzar preguntándose cómo es posible que todos los empresarios de un sector utilicen restricciones verticales en sus contratos que resultan idénticas⁵⁶. Pueden barruntarse dos razones. La primera es que tal identidad de comportamiento sea producto de un acuerdo colusorio o de la imitación del empresario líder en el sector por las demás empresas (conductas conscientemente paralelas)⁵⁷. La segunda es que se trate de restricciones inmanentes a un tipo contractual, es decir, que todos los empresarios apliquen las mismas reglas de conducta en sus contratos con otros empresarios del mismo modo que, por ejemplo, establecen una prohibición de explotación de secretos industriales en un contrato de trabajo o de licencia de *know-how*. Pues bien, tanto en el primer caso como en el segundo los instrumentos jurídicos para su tratamiento no exigen, ni considerar que los acuerdos verticales son cárteles, ni autorizarlos sólo cuando se justifique su eficiencia.

En el primer caso, – la conducta idéntica es producto de un acuerdo colusorio o de conductas conscientemente paralelas – habrá que afirmar que hay un cártel y prohibirlo o considerar abuso de posición dominante la práctica contractual del dominante (RTDC 12-II-1997, *Fabricantes de lencería*). El cártel implícito puede haber sido impuesto por los fabricantes, a menudo, a instancia de los detallistas que tratan de “*protegerse contra los recortes de precios u otras formas de competencia dentro de su actividad (presionando)... a los fabricantes para que establezcan los precios y los márgenes, asegurándose así*

⁵⁵ El caso de las condiciones contractuales es analíticamente idéntico al del precio. V., lo que se dirá después sobre la colusión en acuerdos horizontales y en acuerdos verticales. En la Sentencia *Metro* el TJCE manifestó su preocupación por este problema: “*the Commission must ensure that the structural price rigidity in a selective distribution network is not reinforced, as might happen if there were an increase in the number of selective distribution networks for marketing the same product*” Caso 26/76, parr. 22. Gyselen dice que “*It seems to echo a concern about ubiquitous high prices and high distribution margins because they might deprive the consumer of a choice between low price with low service and high prices with high service*” GYSELEN, *CMLR* 1984, p 659.

⁵⁶ Lo que justifica la retirada de la exención v., Directrices verticales nº 71 ss,

⁵⁷ Significativo, en este sentido, es el análisis de J. Baker de la cláusula de “cliente más favorecido” donde reconoce que la cláusula es eficiente en un mercado con muchos vendedores y compradores (en los que es costoso para los compradores seleccionar un buen precio) porque los compradores se ahorran costes de búsqueda al poder estar razonablemente seguros de que no quedarán encerrados en un contrato con precios altos, y anticompetitiva si estamos en un mercado oligopolista y la utilizan una parte significativa de los vendedores v., BAKER, *Antitrust L. J.* 64(1996) pp 530-531

*la estabilidad de sus rentas*⁵⁸. Un buen ejemplo de esta forma de proceder ante este problema lo proporciona la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de julio de 2000⁵⁹, que examinó si el hecho de que todos los bancos aplicaran el plazo máximo permitido por la Circular 8/1990 del Banco de España para establecer la fecha valor en los ingresos en cuentas corrientes era producto de un pacto colusorio entre los bancos o una conducta conscientemente paralela y, por tanto, un acuerdo prohibido por el artículo 1 LDC o no. El TDC opta por la negativa:

“en ausencia de pruebas o indicios de concertación, no es necesario presumir un concierto entre todas las entidades de crédito ante la uniformidad de los folletos de bancos y cajas de ahorro que reproducen los límites de las fechas de valoración legalmente establecidos por el Banco de España, ya que esta coincidencia se explica sin dificultad por la conveniencia que supone para todas las entidades financieras poder disponer del mayor plazo legalmente posible, sin que se aprecie la ventaja competitiva que pudiera aportarles... anunciar un plazo menor cuando se trata de plazos máximos de dos días...” en términos competitivos.

Para el segundo caso, – son restricciones inmanentes al tipo contractual – si no nos gusta la “norma” de la que deriva la práctica común habrá que cambiarla⁶⁰. Un buen ejemplo nos lo proporciona la Sentencia del TJCE de 21 de enero de 1999⁶¹, en la que se enjuiciaba la compatibilidad con el Derecho comunitario de la competencia de una condición general utilizada por todos los bancos en Italia referida al contrato de apertura de crédito. El Tribunal afirmó que

*“hay que hacer constar que la apertura de un crédito en cuenta corriente constituye una operación bancaria que, **por su naturaleza**, está vinculada a la facultad del banco de modificar el tipo de interés convenido en función de elementos de referencia tales como, en particular, las condiciones de refinanciación del crédito por parte de los bancos. Si bien dicha facultad implica para el cliente del banco el riesgo de un aumento de los intereses a lo largo del contrato, también ofrece la posibilidad de una reducción de ellos. Cuando, como en el presente asunto, la variación de los tipos de interés depende de elementos objetivos, tales como las variaciones producidas en el mercado monetario, un acuerdo que excluye la facultad de aplicar un tipo de interés fijo **no puede ejercer una influencia restrictiva sensible en el juego de la competencia**”⁶².*

⁵⁸ V., con más indicaciones, J. MONTES, “La fijación en origen de los precios al detall desde el punto de vista de la competencia. El caso del mercado del libro”, *Anuario de la Competencia*, 1998, p 277 ss., p 278.

⁵⁹ *Aranzadi Civil* 3619/2000

⁶⁰ The best allocation of risks is not likely to vary between businesses engaged in the profession, and so most businesses will offer terms that are similar to their competitors. Igual que los fabricantes tienden a usar los mismos componentes, tienden a usar las mismas cláusulas contractuales. **Standard-Form Contracting in the Electronic Age**
Robert A. Hillman* & Jeffrey J. Rachlinski**

⁶¹ *Caso Bagnasco*, C 215/96 y 216/96, parr. 35

⁶² Y más adelante, utiliza la misma argumentación para rechazar que pueda tratarse de abuso de posición de dominio colectiva v., parr.59

Cuidadosamente leído, este párrafo está indicando que no caen bajo el artículo 81.1 del Tratado los acuerdos entre empresas competidoras por los que se determina el contenido de los contratos con sus clientes cuando *el contenido de dichas condiciones se corresponde con el “tipo contractual” de que se trate*. En efecto, la condición general correspondiente de los bancos italianos se limitaba a reproducir el “derecho dispositivo” del contrato de apertura de crédito a interés variable por lo que no podía restringir la competencia ya que *en ausencia de la condición general, el Derecho supletorio aplicable* (porque haya una norma del código civil italiano que así lo establezca o porque sea la norma que aplicaría el juez ex art. 1258 CC), *la regla sería la misma* y todos los bancos la “utilizarían” aunque no la hubieran incluido en sus condiciones generales. Si procede impedir que se utilice la cláusula porque perjudica a los consumidores indebidamente, habrá de aplicarse – no el Derecho de la competencia – sino el derecho de las condiciones generales de los contratos (Ley 13/1988 y Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios) y declarar nula la correspondiente cláusula. Por lo tanto, el problema se traslada a la *legitimidad de la causa* del contrato. Si los efectos restrictivos de la competencia de dicho tipo contractual son excesivos, probablemente habría que considerar el contrato o la cláusula como contrario al orden público económico (1255 CC) o, en todo caso, afirmaríamos que no formarían parte de una regulación legal supletoria del contrato. Por ejemplo, para que la prohibición de competencia en el caso de los socios de una sociedad colectiva (arts. 136 ss C de c) sean aceptables desde la perspectiva del derecho *antitrust* es necesario que la configuración de la sociedad responda al modelo legal de una sociedad personalista con gran integración personal, dentro de la cual el deber de no competencia sea pieza indispensable. De no ser así (imagínese, por ejemplo, el caso de un socio que participa en la sociedad como un mero aportante de capital en términos similares a un comanditario o a un accionista que no están sometidos al deber de no competencia), habría que entender que la normativa legal (dispositiva) no excluye la aplicación del derecho de la competencia (v. art. 136 c de c in fine). Y viceversa: hay supuestos en los que la inclusión en el contrato de deberes de no competencia que exceden a las previsiones legales puede considerarse justificada por las exigencias de funcionamiento de la concreta sociedad y, por tanto, excluida de la prohibición de acuerdos restrictivos. De hecho, de la misma manera que en determinadas sociedades de capitales hemos de admitir que el deber de fidelidad impone al socio un deber de no competencia, así también podemos entender que en ciertas sociedades colectivas (por ejemplo, aquéllas cuya explotación depende de tecnología secreta) el deber de no competencia tiene un alcance más amplio.

Obsérvese que, a este respecto, existe otra diferencia relevante entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional. El Tribunal de Justicia no dispone de un derecho contractual supletorio con el que comparar la condición utilizada por todos los empresarios de un sector. Esta inexistencia de un Derecho contractual supletorio europeo le impide afirmar directamente que estamos ante una restricción inmanente a un tipo contractual y le obliga a afirmar que estamos ante una cláusula que, por ser “natural” en el tipo de contrato en el que se inserta, *no puede ejercer una influencia restrictiva sensible en el juego de la competencia*. Lo cual no es absolutamente exacto, porque son imaginables estrategias competitivas diferenciadas al respecto entre los distintos bancos si no existiera la cláusula acordada. Por ejemplo, en el caso *Bagnasco*, podemos imaginar

índices distintos para utilizarlos como referencia para determinar en cuánto se ha modificado el tipo de interés en un crédito a interés variable. Así, el EURIBOR, pero también el tipo de referencia medio de las Cajas de Ahorro o el de un grupo de bancos etc. Consiguientemente, que *todos los bancos* utilicen el mismo índice para determinar si ha habido variación y en qué cuantía del tipo de interés de referencia no deja de restringir la competencia entre ellos con lo que la afirmación del tribunal en sentido contrario (parr. 37 de la Sentencia) no sería correcta⁶³. La existencia de una norma de derecho civil o mercantil supletorio permite a la autoridad nacional afirmar que la restricción de la competencia – de existir – estaría amparada por una norma legal (art. 2 LDC), afirmación que no puede hacer el Tribunal europeo si no es utilizando como referencia el Derecho nacional aplicable.

10. Los acuerdos verticales de empresas dominantes. Los acuerdos verticales celebrados por empresas dominantes son relevantes para el Derecho de la competencia. La razón es obvia pero no tiene que ver con la celebración de acuerdos con empresas no competidoras, sino con el hecho de que los celebran empresas dominantes, de forma que este, como cualquier otro comportamiento, habrá de ser analizado a la luz del art. 82 del Tratado (art. 6 LDC) para comprobar que no constituye un abuso de posición dominante. El Reglamento 2790/1999 prohíbe, sin embargo, y con carácter absoluto las restricciones de la competencia incluidas en contratos celebrados por empresas dominantes⁶⁴. La crítica a esta prohibición absoluta para las empresas dominantes tiene razón porque, como se ha señalado acertadamente, “*la inexistencia de competencia intermarca no se resuelve incrementando la intensidad de la competencia intramarca*” siendo así que “*las empresas dominantes tienen las mismas razones procompetitivas para introducir restricciones verticales en sus contratos que las empresas no dominantes*”⁶⁵. Objeción ésta que sólo puede contestarse en términos formales afirmando que un acuerdo restrictivo realizado por una empresa dominante no puede ser autorizado por vía del art. 81.3 porque “*el acuerdo en cuestión, con sus efectos anticompetitivos, o bien es la gota que colma el vaso y crea la posición de dominio o bien, más probablemente, refuerza una posición de dominio preexistente de forma que la única posibilidad para que el acuerdo sea válido es que no caiga dentro del ámbito de aplicación del art. 81.1*”⁶⁶. A lo que hay que añadir que, en general, las empresas dominantes no pueden alegar las razones del art. 81.3 para obtener la autorización de un acuerdo que refuerza su posición de dominio.

⁶³ No deja de ser llamativo que el Tribunal, en la misma sentencia, no considere restrictivas las reglas uniformes bancarias italianas en materia de afianzamiento basándose en su inhabilidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros (parr 53), lo que sugiere que el Tribunal prefirió no abordar el fondo del asunto puesto que, en relación con los afianzamientos de créditos en cuenta corriente, las normas uniformes *modificaban el derecho supletorio italiano* representado por las normas sobre la fianza del Código Civil haciendo más rigurosa la posición del fiador. No parece, en efecto, que las condiciones aplicables al contrato de apertura de crédito en cuenta corriente sí puedan afectar al comercio entre Estados miembro y que no lo puedan hacer las condiciones aplicables a las fianzas que garantizan las obligaciones derivadas de dichos contratos.

⁶⁴ V., párrafo 135 Directrices verticales, para la crítica v., GUTIERREZ, *Normativa*, p 32 ss.

⁶⁵ S. BISHOP/D. RIDYARD, “EC Vertical Restraints Guidelines: Effects – Based or Per se Policy?”, *ECLR*, 2002, p 35 ss., p 36

⁶⁶ L. PEEPERKORN, “A Reply”, *ECLR*, 2002, p 38 ss., p 40

Desde el planteamiento que se ha expuesto aquí los acuerdos verticales de los dominantes, dado que no son cárteles, no han de analizarse en el marco del artículo 81 lo que los “incluye” en el 81.1 y los “exime” por vía del 81.3 del Tratado. Han de analizarse en el marco del artículo 82 – o del art. 6 LDC – prohibiéndolos cuando puedan considerarse como un *abuso* de posición dominante, esto es, cuando tengan efectos excluyentes para potenciales entrantes en el mercado (reducen la competencia residual) o cuando tengan efectos distorsionadores sobre los mercados descendentes o ascendentes (porque incluyan términos discriminatorios, por ejemplo). Pero plantear la cuestión – como subyace al Reglamento – en términos de eficiencia es incorrecto porque tan eficientes – o no – son los acuerdos verticales celebrados por un empresario precioaceptante como los celebrados por un empresario dominante. Es obvio que los de este último requieren un escrutinio mucho más intenso porque mientras el empresario no tiene la posibilidad de *afectar* al funcionamiento del mercado con su conducta (ya que, por definición, es precioaceptante), el dominante, también por definición, sí puede hacerlo.

11. Observaciones finales. Debe señalarse, por último, que la regulación antimonopolio de los acuerdos verticales no es una comida gratis. La prohibición de algunas cláusulas genera costes en términos de pérdidas de eficiencia y altera las decisiones de los operadores en el mercado acerca de la forma de distribución de sus productos.

Así, por ejemplo, la Directiva sobre agentes comerciales y las normas protectoras del agente que en ella se contienen provocó una reducción de la demanda de agentes y su exención del Derecho de la Competencia otorga a esta forma de distribución una ventaja competitiva de carácter “regulatorio”. La prohibición o limitación legal de la validez de los acuerdos verticales ha de provocar un excesivo uso (en relación con el óptimo) de formas de distribución integrada (sucursales, tiendas propias) que, como los contratos de agencia, están exentos del Derecho antimonopolio y una reducción de la utilización de formas de distribución como la concesión o la franquicia. Baste el siguiente ejemplo. Si *H & M*, la cadena de tiendas de ropa de mayor tamaño de Europa, decide practicar precios diferentes en los distintos países comunitarios, puede hacerlo sin incurrir en violación alguna del Derecho antimonopolio porque sus establecimientos son tiendas propiedad de *H & M*. Si *Mango* decide hacer lo mismo, infringiría el derecho antimonopolio si, para implementar idéntica política de precios, impusiera a sus franquiciatarios un precio de reventa⁶⁷. Si de lo que se trata es de prohibir esta estrategia empresarial de fijación de precios, habrá que establecer una prohibición *ad hoc*, pero no utilizar el Derecho de la competencia.

Hay una consecuencia inesperada que puede resultar más grave para el propio objetivo de integración de los mercados europeos. Si a las empresas nacionales se les impide utilizar restricciones verticales en su expansión por el

⁶⁷ “Lo que una compañía puede hacer legalmente por sí misma mediante una total integración vertical no debería estar prohibido si se logra mediante fusiones verticales o control vertical sobre las prácticas empresariales de otras compañías”, DEMSETZ, *Economía de la empresa*, p 211; A. PETITBÓ, “Las restricciones verticales de la competencia”, *Anuario de la competencia*, 1998, p 27 ss., p 40. Para los matices, v., . SIMPSON/A. WICKELGREN, “The Use of Exclusive Contracts to deter Entry”, manuscrito Julio 2001, disponible en www.ssrn.com, GYSELEN, *CMLR* 1984, pp 663-664

resto de Europa, corremos el riesgo de que se queden en casa o, en términos marginales, que se europeíen menos de lo que lo harían si pudiesen utilizar tales restricciones con la consiguiente reducción (o no intensificación) de la competencia en los mercados nacionales en los que habrían entrado tales empresas.

Un planteamiento más coherente con lo que la Economía ha enseñado en los últimos cuarenta años debiera haber llevado a no considerar incluidos los acuerdos verticales en el artículo 81 del Tratado con carácter general y salvo en los casos en los que un acuerdo vertical enmascare uno horizontal o sea un mecanismo de *enforcement* de uno horizontal entre competidores. El lugar de análisis natural de los acuerdos verticales es, pues, el artículo 82. Las restricciones a la libre circulación de mercancías provocadas por acuerdos entre particulares sólo pueden enjuiciarse en el marco del Derecho de la competencia cuando los acuerdos sean horizontales (reparto de mercados). Cuando son acuerdos verticales, el control ha de realizarse a través de normas específicas (regulación económica) que, como tales, están sometidas a todos los límites aplicables a las restricciones públicas de la libertad de empresa y de contratación.

En lo que se refiere al Derecho español, no se presentan las limitaciones derivadas de la utilización del Derecho de la competencia para lograr una más rápida formación del mercado común por lo que no hay ninguna necesidad de recibir la doctrina comunitaria en este punto. Es coherente con nuestro Derecho legal y con las cláusulas económicas de la Constitución afirmar que los acuerdos verticales no son cárteles y, por tanto, no necesitan ser autorizados para su validez y, simultáneamente, utilizar la prohibición de abuso de posición dominante para el control de los celebrados por empresas dominantes. Es, por tanto, una oportunidad perdida la asunción *in totum* por el legislador español de la regulación comunitaria de acuerdos verticales a través del Real Decreto 378/2003 de 28-III⁶⁸

⁶⁸ Oportunidad que parecen haber perdido también los países que se incorporarán en 2004 a la Unión Europea. V., el trabajo de J. LORENTZEN/P. MOLLGAARD, "Competition compliance: limits to competition policy harmonisation in EU enlargement" *working paper, Copenhagen Business School*, septiembre 2002, *working paper* disponible en <http://www.cbs.dk/departments/econ/res/wpec112002.pdf> en enero de 2004 que parecen lamentar el hecho de que la aplicación de la prohibición de acuerdos verticales no resulta, sin embargo, muy efectiva en estos países y que proponen un *enforcement* más vigoroso de la prohibición de acuerdos verticales.