



# EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR AGROALIMENTARIO

*Javier Berasategui*

Berasategui Abogados. Expresidente del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia

## Resumen

La aplicación del Derecho de la Competencia en la cadena agroalimentaria es posiblemente una de los retos más apasionantes a los que se enfrentan las autoridades y los estudiosos de esta materia. Este artículo huye de una visión académica y descriptiva del estado de la cuestión, que puede encontrarse en multitud de informes de las propias autoridades de competencia y artículos doctrinales, para ofrecer al lector, iniciado o no en esta materia, una reflexión personal y provocadora de las entrañas del Derecho de la Competencia, explicar su aparente divorcio de la realidad de la cadena agroalimentaria y ofrecer una propuesta para acercar esta normativa a la realidad económica y no a la inversa.

## Abstract

*The application of Competition Law to the agri-food chain is possibly one of the most exciting challenges faced by the authorities and experts in this area. This article flees from an academic and descriptive vision of the state of the matter, which can be found in many reports penned by the competition authorities themselves and in articles of law, instead offering the reader, whether they be experts or amateurs in the material, a provocative personal reflection on the bowels of Competition Law, explaining its apparent split from the reality of the agri-food chain and offering a proposal to bring these standards closer to the economic reality, not the opposite.*

## 1. Introducción a la cuestión

La aplicación del Derecho de la Competencia en la cadena agroalimentaria es posiblemente una de los retos más apasionantes a los que se enfrentan las autoridades y los estudiosos de esta materia. Este artículo huye de una visión académica y descriptiva del estado de la cuestión, que puede encontrarse en multitud de informes de las propias autoridades de competencia y artículos doctrinales, para ofrecer al lector, iniciado o no en esta materia, una reflexión personal y provocadora de las entrañas del Derecho de la Competencia, explicar su aparente divorcio de la realidad de la cadena agroalimentaria y ofrecer una propuesta para acercar esta normativa a la realidad económica y no a la inversa.

## 2. Competencia: ¿política o derecho?

La aproximación al Derecho de la Competencia revelará al no iniciado un mundo ideal con connotaciones cuasi-divinas. La Unión Europea describe así las bondades del Derecho de la Competencia:

«La libre competencia es un elemento clave para una economía de mercado abierta. Estimula la competitividad económica y ofrece a los consumidores una gama más amplia de productos y servicios, de mejor calidad y a precios más competitivos. La política de competencia de la Unión Europea garantiza que la competencia no se vea falseada en el mercado interior, velando por que se apliquen normas similares a todas las empresas que operan dentro del espacio europeo. En el título VII del

capítulo 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se sientan las bases de las normas comunitarias en materia de competencia»<sup>1</sup>.

El órgano estatal encargado de la aplicación de la normativa de competencia en España, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) también ofrece un visión idílica de sus objetivos:

«¿Qué puede hacer la CNC para defender los intereses de los consumidores?»

La labor de la CNC en la protección de los intereses de los consumidores es muy importante porque la falta de competencia significa para estos una pérdida de renta o unos servicios de menor calidad. Una competencia efectiva es, por el contrario, la garantía de que el consumidor podrá contar con menores precios o que aumentará la cantidad ofrecida de los productos, su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.

«No obstante, dicha labor es realizada por la CNC de un modo indirecto, a través de las resoluciones que prohíben conductas anticompetitivas o la concentración de empresas que pueda poner en peligro el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Es preciso señalar, pues, que la CNC no es un organismo de defensa de los consumidores individuales en sentido directo, limitando sus actuaciones a los casos en los que se halla en peligro el bien público «competencia».

«¿Qué puede hacer la CNC para mi empresa?»

La actividad de la CNC tiende a beneficiar a las empresas que «juegan limpio» en el mercado. A medio y largo plazo, las empresas acostumbradas a moverse en un contexto de auténtica competencia son las más productivas, competitivas y adaptadas al cambio tecnológico y a las demandas de los consumidores.

«De este modo, la Comisión Nacional de la competencia está a disposición de este tipo de empresas si desean poner en su conocimiento violaciones del Derecho de la competencia y prácticas anticompetitivas de las que sean conocedoras»<sup>2</sup>.

El primer contacto con el Derecho de la Competencia ofrece al no iniciado una tesis o dogma de fe difícil de rechazar: la competencia en el mercado es buena y el Derecho de la Competencia es bueno porque protege la competencia<sup>3</sup>. A mayor abundamiento, el Derecho de la Competencia es presentado como el cuerpo normativo de la ciencia económica, su alma o espíritu. El mensaje fundamental de esta ciencia económica es que un monopolio e incluso un oligopolio son ineficientes porque conllevan un precio superior o una menor cantidad de producto del que prevalecería en un mercado en el que exista (libre) competencia.

En suma, el Derecho de la Competencia goza de una legitimidad que, en términos de Filosofía del Derecho, lo elevaría a categoría de Derecho Natural<sup>4</sup>. Por ello, no es extraño que los discursos de los máximos representantes de las autoridades de competencia tengan un halo de verdad revelada e infalibilidad<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Diversos juristas y economistas han identificado el Derecho de la Competencia con creencias religiosas o sobrenaturales y denunciado sus mitos. Entre todos ellos, se recomienda la lectura de Edwin Rockefeller (2011): *La religión del antimonopolio*, CATO Institute. El autor tiene a sus espaldas más de 50 años de experiencia como abogado especializado en Derecho de la Competencia, ha pertenecido a la autoridad de competencia estadounidense y ha sido presidente de la sección de Derecho de la Competencia del Colegio de Abogados de Estados Unidos.

<sup>4</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_natural](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_natural).

<sup>5</sup> Joaquín Almunia, vicepresidente de la Comisión Europea responsable de la Política de Competencia (2011): «Las claves de la política de competencia en la estrategia europea», en las *Jornadas Anuales de la CNC*, Madrid: «Nuestros verdaderos objetivos son la defensa de los derechos y la protección de los intereses legítimos de las empresas y de los consumidores y el fomento de un ambiente de confianza y de justicia en los mercados que estimule la participación económica. Estamos contribuyendo a completar el establecimiento del mercado interior, que es quizás el activo más importante que tiene Europa para salir de la crisis. Una aplicación justa y firme de las normas de competencia promueve oportunidades y ayuda a sostener el crecimiento y el empleo. Estos son los objetivos últimos de nuestros esfuerzos por mantener los más altos estándares de excelencia en nuestras políticas y en nuestro sistema de ejecución [...]. Muy a menudo, los debates entre las autoridades de Competencia, como el que tenemos hoy, tratan de asuntos muy técnicos. Por ello, siempre que puedo insisto en la importancia de nuestro trabajo para la creación de un entorno económico favorable al crecimiento sostenible y, por lo tanto, al empleo y a la prosperidad a medio y largo plazo. Los beneficios para el conjunto de la sociedad que se derivan de todo el conocimiento y la experiencia acumulados a lo largo de los años por los equipos de profesionales que trabajan en las autoridades de competencia es incalculable. Este gran capital de conocimiento y de experiencia nos sirve para llevar a cabo una tarea profundamente democrática. En definitiva, lo que pretendemos a través de la política de competencia no es otra cosa sino defender los derechos y los intereses económicos de todos, sin discriminación basada en el poder de algunos en el mercado. Los actores más grandes y más poderosos en el mercado no necesitan las normas de competencia, ni nuestro control, porque se pueden defender por sí mismos de los intentos de abuso por parte de sus competidores. En cambio, la aplicación firme y justa de las normas de competencia es imprescindible para los recién llegados al mercado, para los nuevos operadores, los innovadores, o los pequeños empresarios. Es decir, para aquellas empresas, españolas o europeas, que deben constituir la base de nuestro crecimiento futuro». Disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-11-457\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-457_es.htm).

<sup>1</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/index_es.htm)

<sup>2</sup> <http://www.cncompetencia.es/Inicio/FAQ/FAQ/tabid/83/Default.aspx>.

En la etapa final de este viaje iniciático, el viajero tomará conocimiento de las normas positivas del Derecho de la Competencia que, a primera vista, sorprenden por su simplicidad y su halo de justicia. En síntesis, estas normas prohíben los acuerdos entre empresas que restringen la competencia en el mercado<sup>6</sup>, el abuso de posición dominante por parte de una empresa<sup>7</sup> y la fusión entre empresas susceptible de restringir la competencia<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Véase artículo 1, apartado 1, de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC):

«Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos».

<sup>7</sup> Véase artículo 2, apartados 1 y 2, de la LDC:

«1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos».

<sup>8</sup> Véase artículo 2, apartado 1, de la LDC:

«1. La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional.

En concreto, la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos:

- a) la estructura de todos los mercados relevantes,
- b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,
- c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,
- d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
- e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,
- f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,
- g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,
- h) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios».

Por todo ello, el descubrimiento del Derecho de la Competencia para los no iniciados puede asimilarse a la entrada en un paraíso o nirvana y la conversión a la religión del Derecho de la Competencia puede ser automática.

Sin embargo, cuando se profundiza en este Derecho, las verdades y certezas dejan paso a las dudas, críticas e incluso apostasías. Estas incertidumbres se refieren tanto a la esencia misma del Derecho de la Competencia como a su interpretación/aplicación práctica.

En relación a la primera, se ha puesto de manifiesto que no existe *ciencia económica* sino *teorías económicas*, y la que sirve de sustento a este Derecho, la Escuela Clásica, no refleja correctamente el funcionamiento de la economía de mercado, introduciendo un «pecado original» que ha contaminado el Derecho de la Competencia. Efectivamente, los conceptos antagónicos de *monopolio* y *competencia perfecta*, así como el escenario intermedio de oligopolio, desarrollados por la Escuela Clásica de Economía, han servido de fundamento intelectual a las autoridades de Competencia hasta hoy. Sin embargo, el concepto de competencia perfecta es utópico y, más grave aún, es incompatible con el progreso económico. Es utópico porque los presupuestos de una competencia perfecta (productos exactamente iguales, multitud de oferentes y demandantes, información y transparencia perfecta en ambos lados y ausencia absoluta de barreras de entrada y salida) no existen en la economía. Asimismo, es incompatible con el progreso económico porque representa una visión estática y cortoplacista de la economía en la que el precio de equilibrio para todos los operadores del mercado es igual al coste marginal, por lo que es imposible que dicho precio permita hacer inversiones e innovaciones que permitan ofrecer nuevos y mejores productos y generar así progreso económico. Por ello, el funcionamiento real de la microeconomía (la competencia en el mercado) tiene muy poco que ver con la visión estática de

la Economía clásica y sí con la visión dinámica de economistas como Schumpeter<sup>9</sup> y Hayek<sup>10</sup>. El primero describió la competencia como un proceso de rivalidad consistente en *innovación e imitación*<sup>11</sup>. El segundo presentó la competencia como un proceso de búsqueda/descubrimiento en el que las empresas intentan averiguar cuáles son los mejores productos y tecnologías mediante un proceso de prueba y error<sup>12</sup>. En esta visión dinámica de la economía el concepto de monopolio en un momento determinado, si es que existe, no deja de ser un resultado eficiente y puede desaparecer a medida que otros operadores desarrollan nuevos o mejores productos y/o los consumidores modifican sus exigencias. Esta realidad ha llevado a muchos economistas a proponer la supresión del Derecho de la Competencia porque, lejos de contribuir al funcionamiento eficiente del mercado, es susceptible de perjudicar la dinámica competitiva que emergería en un escenario de libre competencia no distorsionada por el propio Derecho de la Compe-

tencia, otra forma de regulación pública (coactiva) del comportamiento de los agentes económicos.

Por otra parte, los críticos del Derecho de la Competencia han puesto de manifiesto la dificultad y discrecionalidad que las autoridades de la competencia tienen para aplicar en el día a día los tres principios de análisis básicos sobre los que se asienta la Escuela Clásica: 1) el *mercado relevante*, 2) el *poder de mercado* y (3) los *efectos anticompetitivos*.

La definición del mercado relevante es considerado el primer paso en la aplicación del Derecho de la Competencia, ya que solo así es posible evaluar si una empresa tiene poder o no y valorar, en su caso, el ámbito en el que su conducta produce efectos. Sin embargo, las directrices propuestas son suficientemente genéricas y subjetivas para permitir definiciones de mercado más o menos amplias a conveniencia de la autoridad de competencia<sup>13</sup>. De esta forma, las autoridades han llegado a definir mercados que coinciden exactamente o mayormente con el producto o servicio de una empresa (por ejemplo, la terminación de llamadas en la red de cada operador de telefonía, las piezas y servicios asociados a alguna marca de coches, el segmento de bebidas no alcohólicas refrescantes carbonatadas de sabor a cola, etc.), generalmente porque la autoridad tenía la convicción de que esa empresa estaba cometiendo una práctica negativa para la competencia. Todo ello ha motivado numerosas críticas de los expertos e incluso el cuestionamiento del uso de la definición del mercado relevante en el Derecho de la Competencia<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Schumpeter (1911): *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung* (trad. inglesa de 1934: *The Theory of Economic Development: An inquiry into profits, capital, credit, interest and the business cycle*).

<sup>10</sup> Hayek (1948): *Individualism and Economic Order*. University of Chicago Press, pp. 92-106 («The Meaning of Competition»); e *idem* (1978): *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. University of Chicago Press, pp. 179-190 («Competition as a Discovery Procedure»).

<sup>11</sup> Kerber (2010): «Competition, Innovation, and Maintaining Diversity through Competition Law»; en J. Drexler, W. Kerber y R. Podszun, eds.: *Economic approaches to competition law: foundations and limitations*. Edward Elgar (el contenido y paginación citados corresponden a la versión *online* disponible en *Ideas*), pp. 4-5: «In his famous book *Theory of Economic Development* (1912/1934), Schumpeter sketched an alternative paradigm to mainstream equilibrium economics, which views technological progress as the central endogenous driving-force for economic development, propelled by pioneering entrepreneurs and imitators, who introduce and spread new products and production methods. From that Schumpeterian perspective, competition as an innovation-imitation process is seen as more important than price competition for the long-term growth of wealth. This Schumpeterian view of competition was the starting-point for concepts of dynamic competition, which attempted to analyse competition as a rivalrous process of innovation and imitation between competing firms, consisting of advancing, following, and overtaking action and reactions (Clark, 1961; Arendt, 1952; Heuss, 1965; Hoppmann, 1977)».

<sup>12</sup> Kerber (2010), pp. 5-6: «Only through experience and the feedback from the market can be determined what the best products for the current preferences or the most cost-efficient technologies are (market test). Therefore competition is a method for solving knowledge problems through a trial and error process. From this perspective also his critique of the traditional neoclassical concept of competition (as used in the model of perfect competition and still present in modern industrial economics) can be understood best: It is seriously flawed, because it already assumes the existence of the knowledge which - from an Hayekian point of view - can only be generated through the competitive process. An analysis of this epistemological argument about competition implies that competition can be viewed as a process, in which previously unknown knowledge is being generated and spread».

<sup>13</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, Louis Kaplow (2010): «Why (Ever) Define Markets?»; en *Harv. L. Rev.* (124, 437) (Abstract): «Competition law is dominated by the market definition / market share paradigm, under which a relevant market is defined and pertinent market shares therein are examined in order to make inferences about market power. This Article advances the immodest claim that the market definition process is incoherent as a matter of basic economic principles and hence should be abandoned entirely. This conclusion rests on four arguments. First, meaningful inferences of market power in redefined markets cannot be made. Second, the paradigm relies on an unarticulated notion of a standard reference market whose necessity and prior omission signal a serious gap. Third and most important, determining what market definition is best is impossible without first formulating a best estimate of

El análisis de poder de mercado también es una oda a la imaginación. Consciente de que el modelo de competencia perfecta no solo es utópico sino ineficiente, la Comisión Europea ha intentado delimitar el poder de mercado pequeño (*beneficioso*), el poder de mercado *malo*, que puede desencadenar la aplicación del artículo 101 TFUE, y el poder de mercado *muy malo*, que puede desencadenar además la aplicación del artículo 101 TFUE<sup>15</sup>. Conscientes de que este ejercicio es incluso más discrecional que la definición del mercado relevante, las autoridades de competencia se aferran, antes expresamente y ahora con mayor discreción, al cálculo de la cuota de mercado del operador. En relación al artículo 101 TFUE, si un acuerdo está por debajo de unos umbrales prefijados (30 % para acuerdos verticales<sup>16</sup> y 15 % para acuerdos horizontales<sup>17</sup>) no existe poder de mercado malo, si está por encima de esos umbrales pero por debajo del umbral del 40 %, los acuerdos entre operadores,

sobre todo si son horizontales, pueden dar lugar a un poder de mercado malo y si superan este último umbral, es muy posible que exista poder de mercado muy malo, sancionable conforme al artículo 101 TFUE y/o al artículo 102 TFUE<sup>18</sup>. Asimismo, las autoridades de competencia consideran que ciertas prácticas (por ejemplo, los acuerdos secretos de precios o la fijación del precio de reventa) producen objetivamente (sin que sea necesario evaluar sus efectos) efectos negativos para la competencia y presuponen que sus autores tienen un poder de mercado capaz de alterarla<sup>19</sup>. Si bien esta presunción puede ser aceptable en caso de acuerdos secretos de precios (*cárteles*), resulta imposible de justificar en relación a otras prácticas entre proveedores-distribuidores como la fijación del precio de reventa.

En el análisis de los efectos anticompetitivos de un acuerdo o conducta las autoridades de competencia han ofrecido formalmente un marco de análisis dinámico que permita valorar el impacto de las conductas sobre los precios (becerro de oro de la Economía Clásica), pero también sobre otros factores que son más importantes en términos de progreso económico: la innovación, la calidad y la variedad<sup>20</sup>. Sin embargo, el análisis práctico se

---

market power, rendering further analysis pointless and possibly leading to erroneous outcomes. Finally, the need to define markets engenders a mistaken focus on cross-elasticities of demand for particular substitutes rather than on the market elasticity of demand, which further reduces the quality of resulting market power inferences. Although the inquiry is conceptual, brief remarks on legal doctrine suggest that creating conformity may not be unduly difficult».

<sup>15</sup> Comunicación de la Comisión: Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, *DOC* 101 de 27.4.2004, apartados 25 y 26: «25. [...] Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener durante un periodo de tiempo significativo precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener durante un periodo de tiempo significativo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia. En los mercados con costes fijos elevados, las empresas deben fijar precios claramente por encima de los costes marginales de producción a fin de obtener una rentabilidad competitiva de su inversión. El hecho de que las empresas fijen precios por encima de sus costes marginales no es por tanto en sí mismo señal de que la competencia en el mercado no funciona bien y de que las empresas tienen un poder de mercado que les permite fijar precios por encima del nivel competitivo. Cuando la presión competitiva no es suficiente para mantener los precios y la producción a niveles competitivos, las empresas tienen poder de mercado a efectos del apartado 1 del artículo 81.

»26. [...] El poder de mercado es cuestión de grado. El grado de poder de mercado que generalmente se requiere para determinar que existe infracción con arreglo al apartado 1 del artículo 81 en el caso de acuerdos que restringen la competencia por efecto es inferior al que se requiere para determinar que existe posición dominante a efectos del artículo 82».

<sup>16</sup> Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas *Diario Oficial* L 102 de 23.4.2010; y Comunicación de la Comisión de 10 de mayo de 2010: Directrices relativas a las restricciones verticales SEC (2010) 411 final.

<sup>17</sup> Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, *Diario Oficial* C 11 de 14.1.2001.

<sup>18</sup> Comunicación de la Comisión: Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, *Diario Oficial* C 045 de 24/02/2009, apartado 14: «La Comisión considera que unas cuotas de mercado bajas son generalmente un buen indicio de una falta de poder de mercado importante. Según la experiencia de la Comisión, no es probable que haya dominación si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia es inferior al 40 %. Sin embargo, puede haber casos concretos por debajo de este umbral en los que los competidores no estén en condiciones de ejercer una presión efectiva sobre la conducta de una empresa dominante, por ejemplo cuando aquéllos se enfrentan a importantes limitaciones de capacidad. Estos casos también pueden merecer la atención de la Comisión».

<sup>19</sup> *Idem*, apartado 21: «Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundará en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios».

<sup>20</sup> *Idem*, apartado 24: «Cuando un acuerdo no sea restrictivo de la

ha limitado a valorar el impacto estático sobre los precios descartando cualquier estimación estática y mucho menos dinámica de otros parámetros de bienestar del consumidor. El enfoque cortoplacista sobre el precio ha elevado a los altares del Derecho de la Competencia a los economistas de la competencia, econométricos expertos en modelos teóricos basados en la Economía Clásica y con poca o nula experiencia de gestión empresarial o en estrategias de competitividad (en su defensa, podrían alegar que los miembros de las autoridades de competencia tampoco han tenido ninguna experiencia empresarial: mal de muchos...) <sup>21</sup>. Asimismo, este Derecho de la Competencia ha producido ganadores y perdedores en el mercado, afectando a las estructuras y condiciones de competencia en el mismo: los compradores/distribuidores de productos son santificados al mismo tiempo que los fabricantes/vendedores son demonizados <sup>22</sup>. En el ánimo de

las autoridades de competencia anida la imagen de un fabricante que quiere vender «caro» frente a un comprador/distribuidor que quiere comprar/revender «barato».

Estos supuestos defectos del Derecho de la Competencia han llevado a muchos expertos a abogar por su supresión <sup>23</sup>. Sin llegar a este extremo, muchos otros han defendido un cambio radical de la Política de Competencia y los objetivos perseguidos por el Derecho de la Competencia para ponerlo en coherencia con las teorías sobre crecimiento económico y competitividad, mucho más pendientes de la innovación y la productividad que de los precios (bajos). Entre estos últimos, cabe destacar la aportación de Michael Porter, el economista más reconocido en el ámbito de la estrategia empresarial y competitividad de las naciones:

---

competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos en la competencia. Deben tomarse en consideración tanto los efectos reales como los potenciales. Dicho de otro modo, el acuerdo debe tener efectos anticompetitivos probables. En el caso de las restricciones de la competencia por efecto, no hay presunción de efectos anticompetitivos. Para que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda preverse que tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad. Los efectos negativos deben ser sensibles. La prohibición contemplada en el apartado 1 del artículo 81 no se aplica cuando los efectos anticompetitivos observados son insignificantes. Este examen refleja el planteamiento económico que aplica la Comisión [...].

<sup>21</sup> Las críticas a las capacidades predictivas de los economistas son generalizadas. Véase la opinión expresada por Fernando del Pino Calvo-Sotelo sobre los economistas keynesianos en su artículo «¿Pero quién se cree todavía el PIB?», *Expansión*, 28.11.2012: «De igual modo, los economistas (con las consabidas excepciones, pocas) prefieren su mundo de teorías perfectas y comportamientos matemáticamente predecibles y cuantificables a la complejidad de la realidad donde el individuo actúa guiado por la libertad que le dejan tener y no por modelos lineales. Y cuando se les expone a dicha realidad, como dice Platón, los economistas «sufren y se irritan». Pobres. La Economía siempre ha envidiado a la Física, ciencia en la que dada una serie de requisitos podemos predecir y obtener un resultado exacto. Incómodos con el mundo de las ideas y el concepto de incertidumbre, los economistas prefieren las fórmulas matemáticas y el determinismo y la seguridad que aporta la disciplina de Newton. En consecuencia, pronto plagieron los modelos físicos y desarrollaron fórmulas basadas en hipótesis muchas veces utópicas que, sobre el papel, resultaban estéticamente agradables, aunque poco tuvieran que ver con la realidad. Se obsesionaron con medir y se olvidaron de pensar».

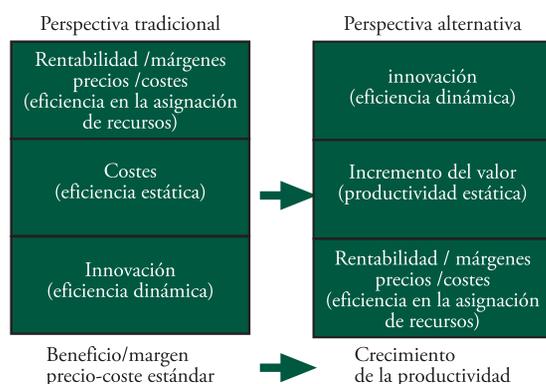
<sup>22</sup> Comunicación de la Comisión: Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, apartado 84: «El concepto de «consumidores» engloba a todos los usuarios directos o indirectos de los productos contemplados en el acuerdo, incluidos los productores que utilizan los productos como *input*, los mayoristas, los minoristas y los consumidores finales, es decir las personas naturales que operan con objetivos que pueden considerarse fuera de su actividad comercial o profesional. Dicho de otro modo, a efectos del apartado 3 del artículo 81 se entiende por consumidores

---

los clientes de las partes del acuerdo y los posteriores compradores. Los clientes pueden ser empresas, como en el caso de los compradores de maquinaria industrial o de productos para una ulterior transformación, o consumidores finales, como, por ejemplo, en el de la compra de helados de consumo impulsivo o de bicicletas».

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, Edwin Rockefeller: *La religión del antimonopolio*, «Introducción»: «Aspiramos a un gobierno de leyes, no de hombres. El Estado de Derecho significa que la conducta se rige y se juzga de acuerdo con normas verificables y coherentes. La tesis de este libro es que el derecho antimonopolio no es consistente con nuestra aspiración al Estado de Derecho. El derecho antimonopolio no tiene entidad: el antimonopolio es una religión. La aplicación de leyes antimonopólicas es la regulación política y arbitraria de la actividad comercial, no el cumplimiento de un conjunto de normas coherentes aprobadas por el Congreso [...]. La tesis de este libro se desarrollará, en primer lugar, definiendo el antimonopolio como una creencia religiosa cuya existencia es independiente de la legislación antimonopolio. El capítulo 2 describe el surgimiento de un culto de seguidores profesionales que trabajan como una orden sacerdotal para llevar a cabo la función ceremonial de oposición al monopolio. El capítulo 3 presenta una breve historia de los intentos de reforma. En el capítulo 4 se analiza el elemento central de la fe antimonopolio: el «poder de mercado», un concepto imaginario e hipotético tomado de la teoría económica y utilizado por la comunidad antimonopolio como si describiera algo que en efecto existe cuando, en realidad, se basa en supuestos falsos sobre un futuro que no puede conocerse. En los capítulos 5 a 8 se describen actividades que atacan supuestos males detectados por la religión antimonopolio y se señala la falta de coherencia entre esas actividades y nuestra aspiración a una sociedad regida por leyes en lugar de por hombres. El último capítulo ensaya la tentativa conclusión de que es posible lograr un cambio genuino educando a la sociedad a fin de que comprenda la falta de rigor de los elementos básicos de la creencia antimonopolio».

Figura 1. Política de competencia



Fuente: Porter, «Competition and Antitrust: A Productivity-Based Approach», ensayo, 30.05.2002, p.11.

Debe ser el lector quien valore las virtudes que el campo de las autoridades de competencia atribuye al Derecho de la Competencia y los defectos que diversos economistas y especialistas denuncian. Lo que ni unos ni otros podrán negar es que el Derecho de la Competencia tiene muchos más ingredientes de Política de la Competencia (entendida como una elección discrecional entre varias opciones realizada por una autoridad pública) que de Derecho (entendido como una obligación reglada que ofrece una solución única en cada caso concreto). Y el influjo de la Escuela Clásica (análisis estático y cortoplacista centrado en los precios) condiciona (regula) el comportamiento de los agentes económicos y, por lo tanto, también la estructura y evolución de los mercados<sup>24</sup>. Esta influencia ha resultado, por ejemplo, en un intervencionismo intenso de las autoridades de competencia contra las restricciones de la competencia presentes en acuerdos verticales. En la Unión Europea, desde que el Tribunal de

Justicia de la UE sentenciase en 1966 que el Derecho de la Competencia también protege la competencia intra-marca (la competencia entre distribuidores de una misma marca de producto)<sup>25</sup>, las autoridades de Competencia se lanzaron a una carrera frenética por defender a los distribuidores de las restricciones contractuales que el fabricante/proveedor pretendía imponer para desarrollar su modelo de negocio. Durante muchos años, la mayor parte de las actuaciones de las autoridades de competencia se centraron en las restricciones verticales, incluyendo regulaciones específicas para sectores concretos como la cerveza, la gasolina o los automóviles. Gradualmente, las autoridades de competencia se convencieron de que los acuerdos verticales tienen un potencial anticompetitivo muy inferior a los acuerdos entre competidores (horizontales) y las sucesivas regulaciones sobre los acuerdos verticales han ido flexibilizando la política de competencia en este campo, si bien siguen siendo intransigentes con algunas conductas como la fijación del precio de reventa, la prohibición de las ventas pasivas de un distribuidor fuera de su territorio asignado, etc. Esta modernización (en palabras de las autoridades de Competencia) o derogación de una normativa de competencia intervencionista e ineficiente (en palabras del resto del mundo), nos hace plantearnos varias preguntas que nunca se han planteado en la arena pública: ¿hubiera alcanzado la distribución moderna su tamaño y concentración actual si el Derecho de la Competencia no hubiese reforzado el poder de negociación y el modelo de negocio de la distribución moderna en detrimento de los fabricantes/proveedores? El análisis de la regulación de una sola práctica comercial, la fijación del precio de reventa, parece ser suficiente para responder negativamente a esta cuestión. Desde que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos considerase en 1911 esta práctica una restricción

<sup>24</sup> El Derecho de la Competencia parece ser un perfecto exponente del arbitrio judicial al que alude Alejandro Nieto (2000): *El arbitrio judicial*. Ariel. La decisión de la autoridad de competencia no es la única solución correcta (es imposible llegar a ella mediante un proceso automático de subsunción de una conducta en la norma que la regula) y otros condicionantes como las circunstancias personales de los miembros de la autoridad (incluyendo su ideología económica) o la inercia de la jurisprudencia pueden determinar el resultado de su análisis.

<sup>25</sup> Asuntos acumulados 56/64 y 58/66, Consten y Grundig, rec. (1966).

automática de la competencia<sup>26</sup>, las autoridades de competencia de todo el mundo se han afanado en su persecución y sanción hasta la actualidad. En la Unión Europea, las directrices verticales siguen considerándola una restricción objetiva de la competencia independientemente de la cuota o poder de mercado del fabricante/proveedor<sup>27</sup>. De esta forma, el Derecho de la Competencia ha otorgado al distribuidor un poder absoluto sobre el precio de reventa del producto del fabricante/proveedor, precio que puede gestionar a su antojo y conforme a su propio modelo de negocio en detrimento del modelo de negocio de aquel. Por si esta defensa del distribuidor en detrimento del fabricante/proveedor no fuera suficientemente desequilibrante de la relación comercial entre ambos, las autoridades de Competencia han pedido a menudo la supresión de la prohibición de la venta a pérdida, prohibición que no ha impedido la generalización de esta práctica en la distribución moderna, lo que eliminaría cualquier tipo de influencia del fabricante/proveedor, por indirecto que fuese, sobre el precio de reventa. En opinión de algunos historiadores económicos, la prohibición de la fijación del precio de reventa explicaría por sí misma el crecimiento y concentración de la distribución moderna, amparado en un círculo virtuoso de precios más bajos-mayores ventas-mayor volumen (poder) de compra-mejores precios de compra-precios más bajos<sup>28</sup>. Sin embargo, este

círculo virtuoso supone un descenso a los infiernos de muchos fabricantes/proveedores cuyos productos se venden a precios de saldo o a precios demasiado elevados o a precios muy diferentes, distorsionando el funcionamiento de su red de distribución y/o la valoración que tienen los consumidores del producto/servicio. El Derecho de la Competencia alcanza el paroxismo cuando prohíbe implícitamente a un fabricante/proveedor de un producto con una cuota pequeña (por ejemplo, un 5 %) fijar el precio de reventa de su producto bajo pena de una cuantiosa sanción y permite así al distribuidor cuya marca propia puede tener una cuota superior tiene fijar libremente el precio de reventa de ese producto que compite con su propia marca. Es decir, se santifica una posible restricción de la competencia entre competidores (competencia horizontal) y se condena la fijación del precio de reventa, favoreciendo así al distribuidor en una relación vertical. En 2007, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconsideró su conclusión de 1911 y concluyó que la fijación del precio de reventa no constituye una restricción automática de la competencia después de pasar revista a todas las eficiencias que puede generar. Uno se atreve a aventurar que en un futuro quizá no muy lejano, la Comisión Europea «modernizará» su visión negativa de la fijación del precio de reventa y todas las autoridades de competencia de la UE correrán un tupido velo sobre las posibles ineficiencias que la aplicación del Derecho de la Competencia ha podido generar en este campo.

### 3. Derecho de la Competencia convencional: ¿el rey desnudo?

La fijación de la Política de Competencia de las autoridades de Competencia (la interpretación convencional del Derecho de la Competencia) con las restricciones verticales del proveedor/fabricante ha podido modificar la evolución na-

<sup>26</sup> Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons, 220 US 373 (1911).

<sup>27</sup> Apartado 223: «Según lo explicado en la sección III.3, el mantenimiento del precio de reventa (MPR), es decir, aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyo objeto directo o indirecto es el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo o un nivel de precio fijo o mínimo al que debe ajustarse el comprador, se tratan como restricciones especialmente graves. La inclusión del MPR en un acuerdo da lugar a la presunción de que el acuerdo restringe la competencia y entra por tanto en el ámbito del artículo 101, apartado 1. También da lugar a la presunción de que es poco probable que el acuerdo cumpla las condiciones del artículo 101, apartado 3, razón por la cual no se aplica la exención por categorías. Sin embargo, las empresas tienen la posibilidad de alegar, en determinados casos, razones de eficiencia de conformidad con el artículo 101, apartado 3. Corresponde a las partes justificar que pueden obtenerse eficiencias de la inclusión del MPR en su acuerdo y demostrar que se cumplen todas las condiciones del artículo 101, apartado 3. Entonces corresponde a la Comisión evaluar efectivamente los probables efectos negativos en la competencia y en los consumidores antes de decidir si se cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3».

<sup>28</sup> Mercer (1998): «The abolition of resale price maintenance in Britain in 1964: a turning point for British manufacturers?»; *Economic History Working Papers* (39/98), London School of Economics and Political Science, 1998.

tural de la cadena agroalimentaria, favoreciendo a unos actores (compradores/distribuidores) frente a otros (productores y fabricantes). Es imposible cuantificar el grado de responsabilidad que cabe asignar a la política de competencia en esta evolución, que otros pueden excusar en la evolución natural (endógena) del mercado pero, lo cierto es que, en la actualidad, la distribución moderna alimentaria se ha configurado como un sector caracterizado por una elevada: 1) concentración (a nivel nacional y, especialmente, en muchas zonas regionales/locales); 2) transparencia de precios y condiciones comerciales (los PVP son públicos); 3) fidelidad de los consumidores hacia su supermercado de referencia (motivado tanto por razones de eficiencia—concentrar la compra en un supermercado cercano ahorra tiempo— como de inercia/hábito); y 4) dependencia de los proveedores frente a sus distribuidores (la distribución moderna es un canal insustituible e incluso cada distribuidor se configura como insustituible porque la fidelización de los consumidores a su supermercado de referencia impide al fabricante/proveedor llegar a ellos por otros supermercados).

Este es el escenario soñado por un operador en el ámbito del Derecho de la Competencia: ninguno de los distribuidores tiene una posición dominante en el mercado (el análisis regional/local podría llevar a esa conclusión pero ninguna autoridad de competencia lo lleva a cabo salvo en casos esporádicos de concentraciones de distribuidores) pero tienen suficiente poder para imponer los términos de sus relaciones comerciales con consumidores y fabricantes/proveedores, de forma que ellos determinan la dinámica competitiva de la cadena alimentaria sin que el Derecho de la Competencia sirva de freno. Asimismo, el sesgo favorable a los compradores/distribuidores del Derecho de la Competencia ha condicionado la valoración de 1) el papel de comprador/revendedor de la distribución moderna alimentaria; 2) sus prácticas comerciales en relación a los fabricantes/provee-

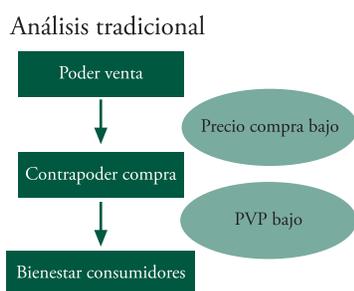
dores; y 3) su integración vertical en el ámbito de los productos alimentarios.

En primer lugar, el poder de la distribución moderna se refleja en su capacidad para transferir los riesgos propios de su actividad a los fabricantes/proveedores, de tal forma que su papel de comprador/revendedor de alimentos es un velo formal que esconde su actividad de proveedor de servicios a aquellos. La distribución moderna alimentaria tiene poder de negociación para imponer contractualmente a sus proveedores, y así lo hace en mayor o menor medida, el coste de: 1) acceso a la cadena de distribución (tarifa de referenciación, incluyendo pagos por otros conceptos como la apertura, expansión o remodelación de tiendas y la fusión/separación de actividades); 2) suministro a cada tienda o la provisión de servicios de entrega/depósito centralizados; 3) reposición en cada tienda; 4) actividades de promoción y marketing; 5) pérdida de producto; 6) reclamaciones de consumidores; 7) un margen de reventa garantizado; 8) devolución de productos no vendidos; y 9) un crédito financiero (diferencial positivo entre el plazo de pago al proveedor y el plazo de cobro del distribuidor).

En segundo lugar, el poder del comprador frente a los fabricantes/proveedores compra ha sido asociado a un análisis de precios, en la mejor tradición de la Escuela Clásica. Más aún, las autoridades de competencia han asumido prácticamente como dogma de fe que las prácticas comerciales de la distribución solo pueden ir encaminadas a la obtención de precios de compra bajos, impulsando así precios de venta al público bajos.

Este análisis estático, formalista y reduccionista lleva inexorablemente a la conclusión de que los acuerdos y prácticas comerciales del comprador/distribuidor no restringen la competencia (independientemente de que puedan contravenir otras normas) o, mejor aún, son buenas para la competencia y los consumidores. Este enfoque favorable al poder del comprador/distribuidor y

a su integración vertical pasa por alto cualquier consideración del impacto dinámico sobre la cadena alimentaria (innovación, calidad, diversidad) de la transferencia contractual o unilateral de riesgos/costes del distribuidor al proveedor. Este impacto negativo se refleja incluso sobre los PVP a corto plazo: el distribuidor puede aumentar su canon de referenciación de forma que obliga al proveedor a aumentar su precio de venta a todos los distribuidores para ser rentable e, indirectamente, empuja al alza del PVP (la distribución exige márgenes garantizados) y, como se demostrará más abajo, puede inflar los márgenes/PVP de terceras marcas al mismo tiempo que vende su propia marca con un margen/PVP menor.



En tercer lugar, las autoridades de competencia han considerado durante muchos años que la marca propia de la distribución moderna sumaba competencia en el mercado, sin cuestionarse siquiera que la entrada en los lineales de una marca propia lleva aparejada la desaparición de esos lineales de otras marcas independientes. Este enfoque incorrecto alcanza su máxima expresión en el apartado 27 de las directrices verticales de la Comisión Europea, que sostienen que el distribuidor que encarga la producción de su propia marca a un tercero no debe ser considerado un fabricante y, por lo tanto, un competidor de

fabricantes/marcas independientes<sup>29</sup>. Esta ficción jurídica evita la aplicación de las directrices horizontales a las relaciones comerciales de los distribuidores verticalmente integrados con los fabricantes/proveedores de otras marcas, evitando así la aplicación de un marco normativo que podría restringir muchas de las prácticas comerciales de los distribuidores que limitan la competencia entre las marcas independientes y sus propias marcas<sup>30</sup>. Sin embargo, la teoría económica demostró hace tiempo que en algunos casos la integración vertical puede reducir la competencia en el mercado<sup>31</sup> y el sentido común, a veces ausente en los análisis económicos y jurídicos, constata que cuando un operador ejerce de juez y parte inexorablemente discrimina a terceros y, si estos siguen contratando con aquel, posiblemente no haya mejor evidencia de su (abuso de) poder de mercado. En este escenario de integración vertical, las prácticas abusivas o desleales que antes solo eran consideradas en su dimensión vertical (vendedor-comprador) adquieren una dimensión horizontal (competidor 1 – competidor 2) que entra de lleno en la esencia del Derecho de la Competencia: la protección de la competencia entre operadores. Por ejemplo, un distribuidor puede: a) fijar una tarifa de referenciación que impide o dificulta la referenciación de marcas independientes que compiten con su propia marca; b) cesar súbitamente su relación con un proveedor independiente poniendo así en peligro la viabilidad económica de un competidor; y c) negar o retrasar la referenciación de productos

<sup>29</sup> Comunicación de la Comisión de 10 de mayo de 2010: Directrices relativas a las restricciones verticales, apartado 27: «[...] No debe considerarse fabricante de productos de marca propia al distribuidor que dé especificaciones a un fabricante para producir bienes determinados con el nombre comercial del distribuidor».

<sup>30</sup> La sección 6 de las directrices horizontales aborda los acuerdos de comercialización entre competidores (apartados 225-256).

<sup>31</sup> Hart y Tirole (1990): «Vertical Integration and Market Foreclosure»; en *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics* (special issue); Rey y Tirole (2003): «A Primer on Foreclosure», paper for the *Handbook of Industrial Organization* III, Mark Armstrong y Robert Porter, eds.; Elsevier; Salop y Riordan (1995): «Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach»; en *Antitrust Law Journal* (63); y Salop y Scheffman (1987): «Cost-raising Strategies»; en *Journal of Industrial Economics* (36).

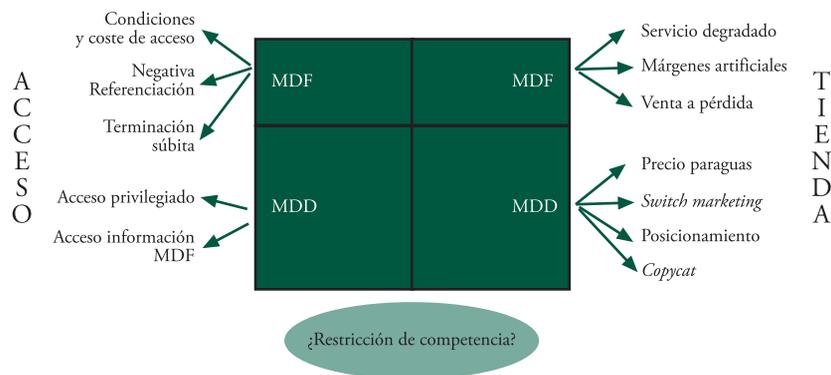
e innovaciones competidoras para favorecer su propia marca. Si, a pesar de todas estas prácticas, un proveedor independiente consigue ser referenciado, se enfrenta a un nuevo *via crucis* dentro de la tienda del distribuidor, escenario en el que los consumidores comparan y seleccionan más del 70 % de los alimentos. En la tienda, el distribuidor puede condicionar dicha selección para favorecer a su propia marca mediante un número variado de prácticas que pasan desapercibidas al consumidor de forma que ni siquiera es consciente de que su decisión de compra está siendo viciada. Estas prácticas afectan a 1) los precios y a 2) otras condiciones de comercialización de los productos. En relación a los precios, pueden consistir en a) un diferencial artificial de PVP entre la marca independiente y la marca propia (mayores márgenes de reventa en la primera); b) una venta gancho a pérdida de la marca independiente que destruye su imagen de marca y la calidad asociada a su precio; c) una negativa a reflejar en el PVP los descuentos promocionales ofrecidos por el proveedor; y d) una prohibición de las promociones incluidas en los envases de las marcas independientes. Otras condiciones de comercialización discriminatorias pueden consistir en la e) empeoramiento de los servicios ofrecidos a las marcas independientes (por ejemplo, desabastecimiento temporal o reposición incorrecta) o una publicidad comparativa

desleal llevada a cabo por los propios empleados; f) colocación desfavorable en los lineales y g) uso por el distribuidor de la información comercialmente sensible de la marca independiente para favorecer a su propia marca en términos de composición, presentación y comercialización.

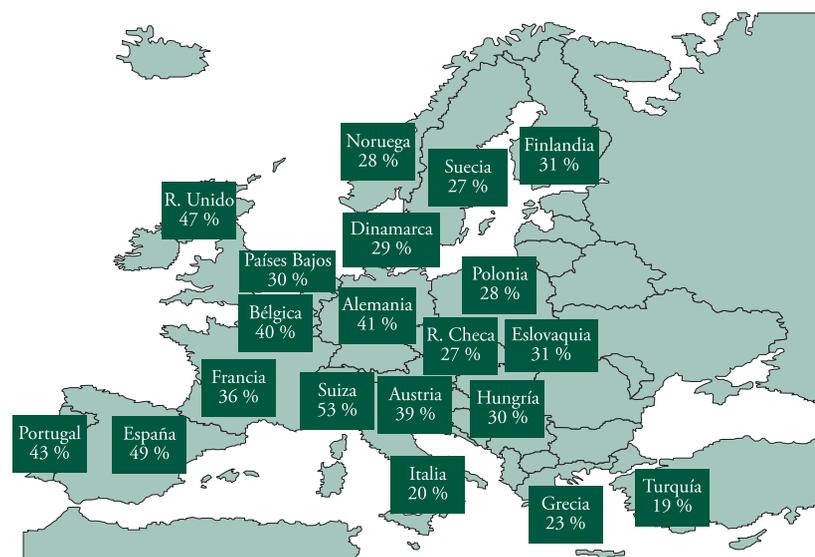
Ante el crecimiento continuo de la marca propia de la distribución alimentaria en la Unión Europea, aproximándose al 50 % en países como España, uno se pregunta qué parte de su crecimiento responde a méritos propios (demanda del consumidor) y qué parte obedece a las prácticas discriminatorias de la distribución que limitan la libertad de elección del consumidor.

La aparente benevolencia de las autoridades de competencia con las prácticas comerciales de la distribución moderna contrasta con su análisis restrictivo del poder de mercado de sus proveedores en la cadena agroalimentaria. En este caso, una cuota de mercado elevada (+40 %) en un mercado de producto, generalmente definido de forma restrictiva, sitúa al proveedor en una posición dominante que puede generar situaciones rocambolescas. Por ejemplo, dicho proveedor puede ser «maltratado» por cualquier distribuidor (uso inadecuado de su información comercialmente sensible, copia de sus envases, desreferenciación total o parcial como herramienta de presión para obtener ventajas comerciales, etc.), pero su nega-

Figura 2. Prácticas desleales/exclusionarias



Mapa 1. Cuota de las marcas privadas por países



Fuente: *Private Label Manufacturers Association* (2012).

tiva a suministrarle podría llegar a ser considerada un abuso de posición dominante.

El sesgo del Derecho de la Competencia convencional contrario a los proveedores en la evaluación de su dominancia se reproduce en el análisis de sus acuerdos de cooperación. Por ejemplo, las directrices horizontales no ven con buenos ojos los acuerdos de comercialización conjunta cuando la cuota conjunta de los partícipes en el acuerdo supera el 15 %<sup>32</sup> y, en todo caso, consideran que cuando se fija conjuntamente el precio de venta se trata de una restricción automática de la competencia<sup>33</sup> y posiblemente un cártel encu-

bierto, salvo que haya una integración significativa de actividades económicas<sup>34</sup>. Las autoridades de competencia han reiterado esta doctrina en el análisis de los acuerdos de colaboración (incluyendo la comercialización conjunta) entre productores agrícolas, sin ofrecer ninguna directriz concreta que permitiese impulsar estos acuerdos sin miedo a denuncias y sanciones, a pesar de tratarse de un sector generalmente atomizado y sin poder de mer-

<sup>32</sup> Véase apartados 240 y 241 de la Comunicación de la Comisión: Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal:

«240. Los acuerdos de comercialización entre competidores solo pueden producir efectos restrictivos de la competencia si las partes tienen cierto grado de poder de mercado. En la mayoría de los casos, no es probable que exista poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo es inferior al 15 %. En cualquier caso, si la cuota de mercado conjunta de las partes no excede del 15 % es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.

»241. Si la cuota de mercado conjunta de las partes es superior al 15 %, no estará amparado por la salvaguardia regulatoria del punto 240 y, por lo tanto, hay que evaluar el probable impacto en el mercado del acuerdo de comercialización conjunta».

<sup>33</sup> *Idem*, apartado 234: «Un problema de competencia fundamental que se deriva de los acuerdos de comercialización entre competidores es el de la fijación de precios. Los acuerdos que se limitan a la venta conjunta suelen tener el objeto de coordinar la política de fijación de precios de fabricantes o prestadores de servicios competidores. Esos acuerdos no solo eliminan la competencia de precios entre las partes en los productos sustitutivos, sino que además pueden

restringir el volumen total de productos que habrán de suministrar las partes en el marco de un sistema de reparto de pedidos. Por lo tanto, es probable que estos acuerdos tengan por objeto restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.246. Los acuerdos de comercialización pueden dar lugar a mejoras de eficiencia significativas. Las eficiencias que deben tenerse en cuenta al evaluar si un acuerdo de comercialización cumple los criterios del artículo 101, apartado 3, dependen de la naturaleza de la actividad y de las partes de la cooperación. Por regla general, la fijación de precios resulta injustificable, a no ser que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca mejoras de eficiencia sustanciales. La distribución conjunta puede generar eficiencias considerables, derivadas de las economías de escala o de alcance, especialmente para los productores más pequeños.

<sup>34</sup> *Idem*, apartados 247-248:

«247. Además, las mejoras de eficiencia no deben consistir en un ahorro meramente resultante de la eliminación de costes inherentes a la competencia, sino que han de derivarse de la integración de actividades económicas. Por tanto, una reducción de los costes de transporte que no sea más que el resultado del reparto de la clientela sin que se produzca ningún tipo de integración del sistema logístico no puede considerarse una mejora de eficiencia a tenor del artículo 101, apartado 3.

»248. Las partes del acuerdo deben demostrar las mejoras de eficiencia. Un elemento importante en este sentido sería una aportación significativa de capital, tecnología u otros activos por las partes. También puede aceptarse el ahorro de costes mediante la reducción de la duplicación de recursos e instalaciones. No obstante, si la comercialización conjunta se limita a una agencia de ventas sin inversión alguna, probablemente se trate de un cartel encubierto que no es probable que cumpla los requisitos del artículo 101, apartado 3».

cado alguno<sup>35</sup>. Este análisis admite varias críticas. En primer lugar, el resultado del análisis vendrá condicionado por la definición del mercado relevante. Por ejemplo, una autoridad puede ejercer su arbitrio para definir un mercado local o regional de venta de leche cruda (condenando cualquier acuerdo de cooperación entre los ganaderos en dicho territorio) o un mercado supra-nacional o incluso europeo, diluyendo así la cuota de mercado de los ganaderos partícipes del acuerdo. Asimismo, la autoridad de competencia puede aferrarse a un análisis convencional, deduciendo la existencia de poder de mercado de la magnitud de la cuota de mercado, o reconocer que los compradores pueden reemplazar sus compradores con mucha más facilidad que a la inversa, lo que les otorga un poder de negociación o de mercado frente a sus proveedores incluso aunque estos tengan cuotas de mercado superiores. Por último, el Derecho de la Competencia tiene un sesgo favorable a la concentración/integración de actividades frente a los acuerdos de cooperación más flexibles y menos integrados. Sin embargo, la realidad económica demuestra que muchas fusiones resultan en una reducción de eficiencia e incluso fracasan o que muchas empresas deciden desprenderse de unidades de negocio para ser más eficientes. La cooperación puede o no resultar en precios superiores como cualquier fusión y no tiene sentido económico utilizar una vara de medir más estricta con la cooperación (que puede ser el paso previo y necesario para una mayor integración o incluso una fusión) que con la fusión.

#### 4. Derecho de la Competencia evolutivo: ¿quiero y no puedo?

Algunas autoridades de Competencia han empezado a actualizar el análisis convencional del poder y las prácticas de la distribución alimentaria moderna (no así su análisis del poder y las prácticas de los proveedores, a pesar de que debería ser una consecuencia lógica) por medio de estudios. En este ámbito pueden situarse los estudios de las autoridades de competencia británica<sup>36</sup>, española<sup>37</sup>, finlandesa<sup>38</sup> y francesa<sup>39</sup>. Estos estudios parecen compartir las siguientes similitudes. Todos ellos han concluido que el Derecho de la Competencia no es aplicable a las prácticas de la distribución alimentaria moderna pero dichas prácticas transfieren unos riesgos injustificados o desproporcionados a los proveedores que pueden desembocar en una reducción de la competencia dinámica en el mercado y, especialmente, de la innovación y la calidad.

Asimismo, todos ellos y especialmente los tres últimos han alertado sobre la el posible efecto excluyente de las marcas independientes propiciado por la integración vertical de la distribución y sus prácticas. Finalmente, todos ellos han desembocado en iniciativas regulatorias. En el Reino Unido, fue la propia autoridad de competencia la que, haciendo uso de poderes cuasi-regulatorios, impuso a la distribución moderna un Código de Conducta de obligado cumplimiento, es decir, una regulación disimulada bajo una denominación eufemística. En España, está a punto de adoptarse una ley de funcionamiento eficiente de la cadena agro-alimentaria. En Finlandia, se está tramitando

<sup>35</sup> Comisión Europea: «The interface between EU competition policy and the Common Agricultural Policy (CAP): Competition rules applicable to cooperation agreements between farmers in the Dairy sector»; Working Paper (16.02.2010); «Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities: The recommendation of the High Level Group on Milk Ahmed at improving the bargaining power of dairy farms» (17.11.2010); «Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities: the reform of the Common Agricultural Policy» (19.12.2012).

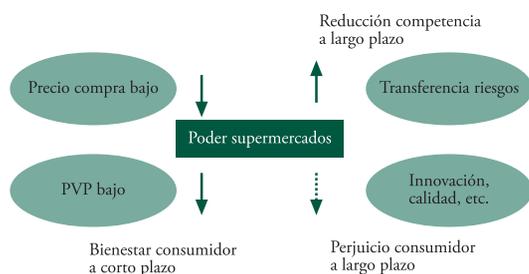
<sup>36</sup> Competition Commission: «Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom» (10.10.2000); y «The supply of groceries in the UK market investigation» (30.04.2008).

<sup>37</sup> CNC: «Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario» (5.10.2011).

<sup>38</sup> Véase nota de prensa en inglés de la autoridad de Competencia finlandesa (FCA): «FCA study shows that daily consumer goods trade uses its buying power in several ways that are questionable for competition» (10.01.2012).

<sup>39</sup> Autorité de la Concurrence, Avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

Figura 3. Análisis evolutivo



un proyecto de ley que introduce en el Derecho de la Competencia finlandés un umbral de dominancia del 30 % en la distribución moderna, cifra que no es baladí, ya que someterá a las dos principales cadenas alimentarias del país a todas las limitaciones de comportamiento que afectan a las empresas dominantes en el ámbito del Derecho de la Competencia nacional. En Francia, el legislador ha adoptado diversas normas para atajar los abusos de la distribución moderna frente a sus proveedores con el beneplácito de la autoridad de competencia y está por ver si tomará nuevas medidas en respuesta al último informe de esta autoridad, en el que pone de manifiesto la discriminación aplicada por la distribución en los márgenes de reventa aplicados a las marcas independientes frente a las marcas propias y recomienda introducir controles que impidan el crecimiento de algunas enseñas en las regiones concentradas.

### 5. Propuesta de Derecho de la Competencia moderno: ¿la vida es sueño?

En esta sección vamos a proponer una interpretación novedosa del Derecho de la Competencia que no es otra cosa que el abandono de la interpretación convencional que favorece a la distribución alimentaria moderna para abogar por un Derecho de Competencia que favorezca

Figura 4. Evolución de la competencia y productividad



Fuente: Porter, «Competition and Antitrust: A Productivity-Based Approach», ensayo, 30.05.2002, p. 16.

la competencia dinámica en el mercado, la innovación y la eficiencia productiva y la libertad real de elección del consumidor (no una libertad simbólica). En nuestra opinión, el Derecho de la Competencia debe estar al servicio del crecimiento económico y la competitividad de la economía de un país y no a la inversa. Creemos el Derecho de la Competencia debe servir al modelo de «rivalidad estratégica» en vez de al modelo de «imitación y descuento de precio», como ha ocurrido durante demasiados años.

Para ser justos y respetuosos con las enseñanzas del profesor Nieto, no presentamos nuestra propuesta como «un silogismo de subsunción, cuya premisa mayor es la norma abstracta aplicable y la premisa menor el supuesto de hecho examinado, deduciéndose el fallo mediante la subsunción del hecho en la norma». Nuestra propuesta nace de la convicción de que las prácticas abusivas que hemos identificado en este artículo son injustas y su generalización es un problema de orden público económico que está afectando negativamente al funcionamiento de toda la cadena alimentaria y a los consumidores<sup>40</sup>. Creemos que el verdadero

<sup>40</sup> Creemos que esta forma de actuar *bottom-up* es más justa y eficaz que aquella que calcula cuotas de mercado y se limita a cruzarse de brazos ante las prácticas abusivas argumentando que no existe una posición dominante (análisis *top-bottom*), dando lugar a la paradoja de que una conducta desleal/exclusionaria del operador líder con una cuota del 45 % en un mercado podría ser atacada bajo la figura del abuso de posición dominante pero la misma conducta desleal/exclusionaria de tres operadores con una cuota respectiva del 30 % quedaría impune, a pesar de ser mucho más nociva para la competencia en el mercado y los consumidores.

debate debe estar en este terreno, el del juicio moral que merecen estas prácticas: ¿es aceptable que un mercado se rija por estas prácticas?

Si la respuesta es negativa, la identificación de la regulación económica más eficiente para remediarlas debe seguir en todo casos criterios finalistas: cómo interpretar las normas existentes para remediar estas prácticas o, si las normas existentes no son suficientes, qué nuevas normas deben aprobarse.

Sin perjuicio de que una regulación sectorial, modelo de intervención seguido en un número creciente de países, pueda ser conveniente e incluso necesaria, creemos que existen teorías económicas y argumentos legales que posibilitarían su persecución por el Derecho de la Competencia, al menos de forma complementaria. La evidencia de que la distribución moderna alimentaria se ha configurado como un prestador de servicios a los proveedores independientes que disfruta de un poder para fijar las condiciones de acceso y competencia entre marcas dentro de sus tiendas nos lleva a preguntarnos si la distribución ha abandonado el papel tradicional de comprador/revendedor que la economía industrial le atribuye para convertirse en una plataforma o intermediario que posibilita la interacción de dos casos de operadores: los proveedores y los consumidores. Asimismo, el patrón de comportamiento de los consumidores (agregar en la medida de lo posible la compra de alimentación en un único establecimiento lo más próximo posible a su domicilio) y el modelo de negocio de los proveedores (maximización de la distribución ponderada –acceso al mayor número de distribuidores/tiendas/consumidores– posibilita economías de escala y alcance, mayor inversión/innovación y un crecimiento empresarial/económico) han transformado a la distribución moderna alimentaria en lo que la teoría económica denomina un cuello de botella competitivo, un operador/plataforma insustituible para sus proveedores que puede explotarles en perjuicio de la productividad/eficiencia

económica y, si la competencia entre operadores/plataformas no es suficientemente intensa, en perjuicio de los consumidores<sup>41</sup>.

Figura 5. Cuellos de botella verticalmente integrados



El Derecho de la Competencia ha intervenido para frenar los abusos de los cuellos de botella competitivos frente a otros operadores recurriendo a argumentos no convencionales. En el ámbito del artículo 102 TFUE, la Comisión Europea está investigando a Google por un abuso de posición dominante consistente en la favorecer a sus propios servicios frente a los de terceros<sup>42</sup>. Para ello, ha sido necesario acotar el mercado relevante como el de los motores generales (no especializados) de búsqueda, concluir de forma preliminar que Google tiene una posición dominante en él a pesar de que los consumidores pueden cambiar de buscador con un solo *click* y parecen estar encantados con este servicio gratuito, a pesar de la discriminación de los servicios de terceros y supuesta manipulación de los criterios de búsqueda. En este mercado, las autoridades de competencia no parecen convencidas de la bondad de la defensa que tradicionalmente han empleado para no intervenir frente a los abusos de la distribución alimentaria frente a

<sup>41</sup> Armstrong (2006): «Competition in two-sided markets»; en *The RAND Journal of Economics* 37(3); y Vannini (2008): «Bargaining and two-sided markets: the case of Global Distribution Systems (GDS) in Travelport's acquisition of Worldspan»; en *Competition Policy Newsletter* (2).

<sup>42</sup> Comunicación de la Comisión publicada de conformidad con el artículo 27, apartado 4, del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo sobre el asunto AT.39740 — Google, Diario Oficial C 120/22, 26.04.2013.

sus proveedores («el consumidor puede optar por comprar en otro supermercado si las prácticas de un supermercado no garantizan su libertad de elección») a pesar de que parece mucho más fácil cambiar de motor de búsqueda («una distancia de un *click*», como argumenta Google) que de establecimiento preferido para la cesta de la compra. En otras ocasiones, las autoridades de competencia no han dudado en restringir el mercado relevante hasta los propios servicios/productos de cada operador cuando han llegado a la convicción de que algunas prácticas eran nocivas para la competencia. Por ejemplo, se ha intervenido frente a los posibles abusos de los principales operadores de telecomunicaciones grandes en relación a la interconexión de sus redes, argumentando que cada red es un mercado separado en el que su propietario disfruta de una posición dominante (100 % de cuota de mercado)<sup>43</sup>. En el ámbito del control de concentraciones, las autoridades de competencia han delimitado un mercado publicitario por cada medio (televisión, radio, prensa, etc.), han utilizado la figura de la posición dominante colectiva cuando ha sido necesario (a diferencia del artículo 102 TFUE) y han impuesto remedios para evitar que las fusiones entre operadores audiovisuales desemboquen en la explotación de los anunciantes, independientemente de que los consumidores puedan resultar favorecidos por dicha explotación (mayores ingresos publicitarios en principio podrían financiar mayores inversiones en contenidos audiovisuales) o incluso puedan rechazar la publicidad<sup>44</sup>. Asimismo, cuando no ha sido posible aplicar el artículo 102 TFUE, la Comisión Europea ha recurrido a la aplicación creativa del artículo 101 TFUE para justificar que VISA y MasterCard no son operadores autónomos

en el mercado sino un acuerdo entre competidores (los bancos miembros de cada red) y prohibir así las tasas de compensación interbancarias e indirectamente las comisiones excesivas que los miembros de ambas redes de tarjetas de crédito cobran al comercio<sup>45</sup>. Finalmente, en el sector del automóvil, tradicionalmente considerado como oligopolista, la Comisión ha intervenido durante años mediante la figura del Reglamento de Exención por Categorías, imponiendo a los fabricantes obligaciones que limitaban su libertad contractual frente a los distribuidores, protegían a los distribuidores incluso frente a prácticas explotativas y facilitaban mecanismos de arbitraje en caso de resolución del contrato por el fabricante<sup>46</sup>. Si bien estas obligaciones cuasi-regulatorias se han ido eliminando, se sigue imponiendo a los fabricantes una obligación de suministrar piezas e información a distribuidores y talleres independientes, obligación tradicionalmente reservada a las empresas que disfrutaban de una posición dominante en el mercado.

A la vista de estos ejemplos de aplicación no convencional del Derecho de la Competencia, parece justificado en atención a la importancia del sector agro-industrial en la economía europea modernizar la aplicación del Derecho de la Competencia en este campo protegiendo a los proveedores (que podríamos llamar demandantes de los servicios de la distribución) de las prácticas abusivas/exclusionarias de la distribución alimentaria para garantizar no solo la competencia leal en el mercado (un concepto que posiblemente tenga menos discrecionalidad/arbitrio en su formulación que el propio Derecho de la Competencia), también la libre competencia y el bienestar de los consumidores. Posiblemente el instrumento más sencillo y eficiente sería la adopción de un Reglamento de Exención por categorías y/o unas directrices sectoriales. Si la Comisión Europea pre-

<sup>43</sup> En España, la CMT ha utilizado esta argumentación para imponer a los tres principales operadores de redes móviles la obligación de ofrecer acceso a su red a los operadores sin red propia (operadores móviles virtuales), obligación que ha sido confirmada por las sentencias de la Audiencia Nacional de 12.01.2009 (recurso 305/2006 de Vodafone) y 16.03.2009 (recurso 307/2006 de Telefónica).

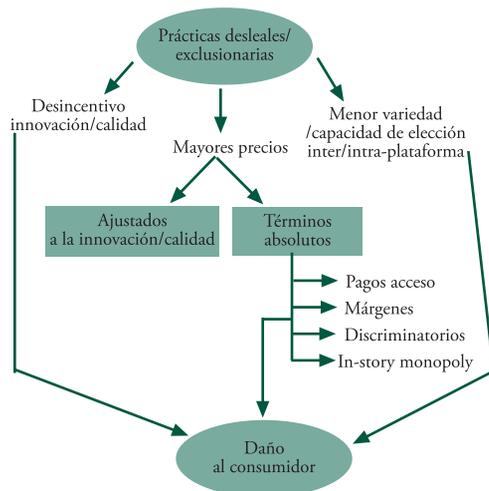
<sup>44</sup> Resoluciones de la CNC en los asuntos C/230/10 Telecinco/Cuatro y C/0432/12 Antena 3/La Sexta. En Alemania, la autoridad de competencia vetó la concentración Springer/ProSiebenSat. 1 con argumentos similares.

<sup>45</sup> Decisiones de la Comisión de 19.12.2007, Asunto COMP/34.579 MasterCard y 8.12.2010, Asunto COMP/39.398 - Visa MIF.

<sup>46</sup> Véase Reglamento 1400/2002 y su sucesor, el Reglamento 461/2010.

fiere utilizar los reglamentos y directrices generales, podría perfectamente incluir una sección específica en las directrices verticales o preferiblemente.

Figura 6. La competencia desleal perjudica el bienestar del consumidor



## 6. Regulación o Derecho de la Competencia: ¿un falso dilema?

En algunos países se ha planteado el aparente conflicto entre la regulación de las prácticas comerciales en la cadena agroalimentaria y el Derecho de la Competencia. Este aparente conflicto se ha reproducido en España en relación a la Ley de funcionamiento eficiente de la cadena agroalimentaria. La propia CNC se ha posicionado en contra de esta regulación en su informe al proyecto de ley<sup>47</sup>, omitiendo toda referencia a su Informe de octubre de 2011, en el que analizaba el potencial anticompetitivo, al menos a largo plazo, de prácticamente todas las prácticas comerciales incluidas en este proyecto de ley. En nuestra opinión, esta oposición no está justificada por las siguientes razones:

<sup>47</sup> CNC, IPN 84/12, 19.12.2012.

La «buena» regulación económica, entendiendo por tal la que promueve la eficiencia económica y la libre y leal competencia es perfectamente compatible con el Derecho de la Competencia. De hecho, los críticos del Derecho de la Competencia han demostrado desde hace años que este Derecho es otra forma de regulación económica que condiciona la libertad de pactos y de comportamiento de los operadores económicos y durante muchos años ha tenido un sesgo pro-distribuidor que muchos economistas y no menos juristas podrían catalogar de proteccionismo e intervencionismo ineficiente («mala regulación económica»). Desde esta perspectiva, una regulación económica de la cadena agroalimentaria compensaría la aplicación convencional del Derecho de la Competencia, que favorece injustificadamente a la distribución moderna alimentaria (y al distribuidor en general) frente a los fabricantes/proveedores. Pero, además, existen diversos indicios de que la Ley de la cadena agroalimentaria es una «buena» regulación económica. En primer lugar, la propia CNC reconoce que las prácticas calificadas como abusivas en la ley podrían subsumirse en la normativa de competencia desleal<sup>48</sup>. Lejos de hacer esta ley innecesaria, serviría de justificación puesto que si la normativa de competencia desleal y la normativa de defensa de la competencia no han servido para poner freno a la aplicación generalizada y simultánea de prácticas abusivas en la cadena agroalimentaria, el legislador tiene una obligación moral de ensayar una solución jurídica que remedie la ausencia de denuncias ante los tribunales y la CNC, así como la interpretación convencional del Derecho de la Competencia y la inactividad sancionadora de esta

<sup>48</sup> Sin duda ninguna todas las conductas que se incluyen en ese catálogo y que merecen la consideración jurídica de abusivas están ya tipificadas en el ordenamiento jurídico vigente, de forma particular, en la Ley de Competencia Desleal, ya sea en alguno de los tipos específicos de competencia desleal, o ya sea a través de la cláusula general de competencia desleal. Por ello, desde el punto de vista jurídico sustantivo nada aporta, en sí mismo, una tipificación adicional, en este caso de naturaleza administrativa, que permite a la Administración sectorial intervenir coactivamente y mediante el ejercicio de su potestad sancionadora, en el ámbito de relaciones privadas de mercado. Los problemas relacionados con estas prácticas comerciales, ya se ha comentado, provienen de la falta de incentivos a denunciar por parte del operador que las padece, de ahí que esa medida normativa no respete el test de necesidad.

última: el control administrativo especializado vía Observatorio de la Cadena y la Agencia de la Cadena. En segundo lugar, el *Libro Verde* de la Comisión Europea sobre las prácticas comerciales desleales entre empresas en la cadena de suministro alimentario y no alimentario ha catalogado como desleales prácticamente las mismas prácticas contempladas en la ley, siendo más exhaustiva y expansiva en su tratamiento y sugiriendo que la regulación económica puede ser la solución más eficiente<sup>49</sup>. En tercer lugar, estas prácticas también están incluidas, acompañadas de numerosos ejemplos que amplían considerablemente su ámbito de aplicación, en un Código de Conducta consensuado por las asociaciones representativas de la industria y la distribución alimentaria, con el beneplácito de la Comisión Europea y, especialmente, de la DG de Competencia. En suma, la propia distribución alimentaria admite que estas prácticas son desleales y la Comisión Europea, incluyendo la unidad encargada de aplicar el Derecho de la Competencia de la UE, considera este Código de Conducta fomenta prácticas comerciales leales sin restringir la competencia entre los operadores. En cuarto lugar, la mayor parte de las autoridades de competencia que han seguido la senda del Derecho de la Competencia evolutivo (Reino Unido, Finlandia y, fuera de la UE, Argentina o Chile) s han respaldado la adopción de una regulación económica (o la modificación de la normativa de competencia nacional en el caso de Finlandia) como alternativa a la incapacidad del Derecho de la Competencia convencional para frenar las prácticas desleales/exclusionarias en la cadena alimentaria. En quinto lugar, otros cuellos de botella competitivos han sido objeto de regulación económica para reforzar/complementar el Derecho de la Competencia. Entre ellos, cabe destacar el *principio de la*

*neutralidad de internet* (los proveedores de acceso a internet no pueden discriminar el contenido al que acceder los usuarios de internet)<sup>50</sup>, las regulaciones o propuestas regulatorias de las redes de tarjetas de crédito<sup>51</sup> y los sistemas computerizados de reservas (especialmente relevante por tratarse de una regulación europea en un sector con un funcionamiento análogo al de la distribución moderna alimentaria (la supervivencia competitiva depende del acceso razonable y no discriminatorio a la primera página de la pantalla en un caso y al lineal en el otro)<sup>52</sup>. Finalmente, el mercado de la distribución de gasolina presenta otro ejemplo reciente de regulación económica muy restrictiva<sup>53</sup>, respaldada por la propia CNC a pesar de que esta regulación podría ser incluso contraria al artículo 3(2) del Reglamento 1/2003<sup>54</sup>. Esta regulación evidencia que el Derecho de la Competencia no ha sido suficiente para garantizar una competencia suficiente en un mercado en el que ningún operador goza de una posición dominante.

<sup>49</sup> Véase, por ejemplo, *Federal Communications Commission Report and Order: «Preserving the Open Internet, Broadband Industry Practices»*, 10-201, 23.12.2010; y *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: «The open internet and net neutrality in Europe»*, COM(2011) 222 final, 19.4.2011.

<sup>50</sup> Véase en el ámbito de la UE, *Commission Green Paper: «Towards an integrated European market for card, internet and mobile payments»*, COM/2011/0941 final, 11.01.2012.

<sup>51</sup> Véase en el ámbito de la UE, Reglamento 2299/89 y su sucesor, el Reglamento 80/2009.

<sup>52</sup> Véase en el ámbito de la UE, Reglamento 2299/89 y su sucesor, el Reglamento 80/2009.

<sup>53</sup> Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que ha impuesto unas obligaciones nunca vistas. Entre las restricciones impuestas a los operadores, en un mercado teóricamente competitivo, destacan dos: 1) Los titulares de instalaciones fijas de almacenamiento y transporte de productos petrolíferos deberán «permitir el acceso de terceros mediante un procedimiento negociado, en condiciones técnicas y económicas no discriminatorias, transparentes y objetivas, aplicando precios que deberán hacer públicos». Asimismo, «evitarán cualquier conflicto de interés entre accionistas y usuarios de los servicios y observarán especialmente la obligación de igualdad de trato a todos los usuarios de los servicios de la actividad, con independencia de su carácter o no de accionistas de la sociedad». 2) Los operadores mayoristas no podrán fijar contratos de suministro en exclusiva de duración superior a 1 año ni fijar o recomendar los precios de reventa. Asimismo, aquellos que superen el 30 % del mercado no podrán adquirir estaciones en propiedad ni firmar contratos de distribución exclusiva, es decir, se limita el crecimiento orgánico de dichos operadores.

<sup>54</sup> El Reglamento 1/2003 prohíbe a los Estados miembros prohibir los acuerdos que son conformes al artículo 101 TFUE y solo autoriza normas más restrictivas en relación a las conductas desleales o los abusos de poder de mercado o dependencia económica.

<sup>49</sup> COM(2013) 37 final, 31.01.2013. El *Libro Verde* es un documento en el que la Comisión analiza una cuestión, presenta posibles líneas de actuación y lo somete a consulta pública. El *Libro Verde* puede ser seguido de un *Libro Blanco* en el que la Comisión presenta sus conclusiones sobre la línea de actuación elegida, que puede desembocar en una propuesta de legislación europea.

## 7. Conclusiones

El Derecho de la Competencia no es una ciencia, ni siquiera un Derecho, puesto que sus normas y su aplicación práctica (definición del mercado relevante, evaluación de poder de mercado y de efectos de la conducta sobre el mercado) permiten a las autoridades de competencia suficiente discreción para concluir que lo que hoy es anticompetitivo, mañana no lo es, y a la inversa. Por ello, la fuerza de la tradición (Economía Clásica y antecedentes legales), tiene más importancia que el propio análisis individualizado de la realidad económica que rodea a cada caso. Esta fuerza de la tradición asume que el fabricante/vendedor tiene poder de mercado y que debe protegerse al comprador/distribuidor como si fuera el propio consumidor final. De esta forma, la aplicación del Derecho de la Competencia ha favorecido durante más de 50 años a los compradores/distribuidores frente a sus proveedores, reforzando su poder de negociación frente a ellos. Sin embargo, la cadena agroalimentaria ha ido evolucionando hacia una estructura de pirámide invertida en la que las prácticas comerciales abusivas suelen originarse de abajo hacia arriba. Para resolver este dilema, creemos que las autoridades de competencia deben abandonar la interpretación «convencional» del Derecho de la Competencia para adecuarlo a la realidad de la cadena agroalimentaria y, en especial, a dos realidades:

1. Los acuerdos de cooperación local, regional e incluso nacional de los proveedores no deberían ser sancionados en ausencia de poder de mercado, poder que no es fácil de surgir en un mercado cada vez más globalizado dominado por los eslabones finales y, especialmente, la distribución moderna alimentaria.
2. La distribución moderna alimentaria se ha convertido en un cuello de botella competitivo entre los proveedores y el consumidor y sus prácticas comerciales desleales, ahora también exclusionarias como consecuencia de su integración vertical, están restringiendo la competencia en el mercado y perjudicando a los consumidores.

Finalmente, creemos totalmente legítimo que los legisladores (y algunas autoridades de competencia aisladas) de un número cada vez mayor de países hayan considerado necesario adoptar regulaciones específicas frente las prácticas comerciales abusivas/exclusionarias en la cadena agroalimentaria, porque la interpretación convencional del Derecho de la Competencia no solo no ha impedido estas prácticas, sino que las ha favorecido indirectamente.