

# La imposición de precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo: antecedentes, evolución y perspectivas\*

## Resale price maintenance in European Competition Law: Background, developments and prospects

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

*Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Valladolid (España)*

Recibido: 10.04.2024 / Aceptado: 22.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8988

**Resumen:** El objeto de este artículo es la imposición de precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo. En primer lugar, se estudian los efectos anti y procompetitivos de esta práctica, y la evolución de su regulación en los Estados Unidos, como modelo de referencia, hasta llegar a la sentencia *Leegin*. Posteriormente se analiza la situación en la UE, partiendo de cómo se ha ido considerando históricamente la cuestión en los reglamentos de exención por categorías y por la praxis de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Finalmente, se estudia el estado actual de la cuestión en el Reglamento 2022/720 sobre acuerdos verticales, la Comunicación de la Comisión de 2022 sobre Directrices relativas a las restricciones verticales y la reciente sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Super Bock*.

**Palabras clave:** Imposición de precios de reventa, IPR, acuerdos verticales, Derecho de la competencia europeo, competencia intermarca, competencia intramarca.

**Abstract:** The object of this article is resale price maintenance in European competition law. Firstly, the anti- and pro-competitive effects of this practice are studied, as well as the evolution of its regulation in the United States, as a reference model, up to the *Leegin* judgment. The situation in the EU is then analysed, based on how the issue has been historically considered in the block exemption regulations and by the Commission's practice and the case law of the Court of Justice. Finally, the current state of the matter is studied in Regulation 2022/720 on vertical agreements, the 2022 Commission Communication on Guidelines on vertical restraints and the recent judgment of the Court of Justice in the *Super Bock* case.

**Keywords:** Resale price maintenance, RPM, vertical agreements, European Competition Law, interbrand competition, intrabrand competition.

**Sumario:** I. Introducción. II. Los efectos económicos de la imposición de precios de reventa. A) Efectos anticompetitivos. 1. Incremento de precios al consumidor. 2. Instrumento para aplicar precios predatorios. 3. Freno a la innovación en la comercialización final. 4. Facilitación de la colusión. 5. Mecanismo de exclusión. 6. Abuso de dependencia. 7. Obstáculo para la integración de mercados. B) Eficiencias o justificaciones. 1. Incremento de la competencia en servicios. 2. Incentivo para el cumplimiento de los contratos de distribución. 3. Incentivo para el ingreso de

---

\*Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto PID2022- 139741OB-C21, "La consolidación de la revolución digital y sus desafíos: adaptación de las estrategias competitivas de los operadores económicos y de las normas ordenadoras de los mercados", del Ministerio de Ciencia e Innovación.

nuevos competidores. 4. Evitación de prácticas parasitarias. 5. Evitación de conductas desleales. C) Balance de efectos pro y anticompetitivos. III. El tratamiento de la imposición de precios de reventa en Estados Unidos. IV. El tratamiento de la imposición de precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo. A) Antecedentes. B) Los primeros reglamentos de exención por categoría. C) La modernización del Derecho de la competencia. D) Estado actual de la cuestión. 1. El Reglamento 2022/720 sobre acuerdos verticales y sus Directrices. 2. La sentencia Super Bock.

## I. Introducción

1. Casi todo el mundo estará de acuerdo en que el bien jurídico protegido por el *Derecho de la competencia*, como indica su propio nombre, es la *competencia económica*. Sin embargo, qué deba entenderse por *restricción de la competencia* es una cuestión **controvertida** sobre la que se han venido manteniendo diferentes posiciones, en las distintas jurisdicciones y a lo largo del tiempo, en las que han tenido gran influencia los planteamientos de las diversas escuelas económicas y su evolución. Pero haciendo abstracción de estos debates, seguramente tampoco nadie negará el importante papel que en la competencia juegan los *precios*, no solo como medio sino también como resultado. Por un lado, los precios son una de las herramientas, sino la principal, de la que disponen las empresas<sup>1</sup> para competir en el mercado, aunque asimismo cuenten con otros instrumentos como la calidad y la innovación de los productos o servicios, las condiciones contractuales a las que se ofrecen (garantías, crédito, etc.) e, incluso, la persuasión que puede resultar de las técnicas de comercialización (el *marketing*), en especial de la publicidad comercial, entre otras. Pero también los precios son consecuencia de ese juego competitivo en el mercado, como muestra la *ley de la oferta y la demanda*, siempre que, naturalmente, se formen sin distorsiones anticompetitivas, lo que significa que sean el resultado de un comportamiento autónomo de los operadores del mercado y/o que no implique un abuso de poder de mercado<sup>2</sup>. Las reglas del Derecho de la competencia tratan precisamente de garantizar esa correcta formación competitiva de los precios con la prohibición de los acuerdos restrictivos y de la explotación abusiva de una posición de dominio, y el control de las operaciones de concentración de empresas (aquí para evitar la formación de estructuras que reduzcan la competencia y puedan, entre otras cosas, acabar incidiendo negativamente sobre los precios). No por otra razón se viene estimando que los perjuicios que se derivarían de las infracciones a las reglas del Derecho de la competencia, se concretan principalmente en los sobreprecios (*precios supracompetitivos*) que los consumidores debieron indebidamente soportar y que, como víctimas de quienes las incumplieron, podrán reclamar ante los tribunales de justicia ejercitando contra los infractores acciones de daños (o dicho de otra manera: de reclamación de las *rentas monopolísticas* que aquellos obtuvieron ilegalmente)<sup>3</sup>.

2. Si nos centramos en los *acuerdos restrictivos*, la coordinación entre empresas para fijar precios es sin duda una de las conductas anticompetitivas más graves, sino la que más, lo que ha derivado en todas las jurisdicciones en una prohibición de los *cárteles*, como *acuerdos horizontales* entre competidores, no solo de los que directamente conciertan precios, sino de los que indirectamente lo consiguen estableciendo cuotas de producción o repartiéndose los mercados o los clientes.

3. Pero también pueden provocar distorsiones en los precios otro tipo de acuerdos, como en particular los *acuerdos verticales de distribución comercial* que, sin perjuicio de ser acuerdos bilaterales entre dos partes –el proveedor (fabricante o mayorista) y el distribuidor (mayorista o minorista)–, suelen aparecer como *contratos en red*, al realizar el proveedor diversos contratos con distintos distribuidores,

<sup>1</sup> El término “empresa” y el que posteriormente utilizaré de “consumidor”, se emplean en el sentido que se les da en el Derecho de la competencia.

<sup>2</sup> Este es el presupuesto para que el mercado asigne eficientemente unos recursos que, por definición, son escasos, en el marco de la teoría económica neoclásica que partía de una situación de *competencia perfecta*.

<sup>3</sup> Aunque sean supuestos menos frecuentes, también pueden producirse problemas en relación con los proveedores, cuando la restricción es de carácter monopsónico.

con una mayor o menor integración vertical, según modalidades, y normalmente por zonas territoriales<sup>4</sup>. Así sucede cuando en tales acuerdos se imponen a los distribuidores los precios a los que deben revender los productos, lo que, además, al tratarse de ordinario, como se acaba de decir, de contratos en red, supone la fijación de precios en toda la red de distribuidores, impidiendo una competencia en precios entre ellos.

4. La proscripción de los **cárteles** es incontrovertible en todas las jurisdicciones, precisamente por sustraer los precios de la competencia, lo que ha llevado a que en los Estados Unidos se les haya considerado dentro de la *per se rule*, y en Europa (antes en la CE y actualmente en la UE) a estimar su difícil por no decir casi imposible excepción de la prohibición del actual artículo 101.1 del TFUE, como *restricción por objeto* y por suponer una eliminación sustancial de la competencia (condición negativa *sine qua non* establecida por el artículo 101.3 del TFUE para la autorización). Sin embargo, la cuestión dista de ser pacífica en relación con la *imposición de los precios de reventa en acuerdos verticales*, teniendo en cuenta, además, que cuando se trata de la llamada *distribución selectiva*, dichos acuerdos son en sí mismos considerados instrumentos procompetitivos ya que, no solo benefician la comercialización, sino que reservan un beneficio equitativo a los consumidores en la fase precontractual y en el ulterior servicio de postventa (condiciones positivas ambas que exige el artículo 101.3 del TFUE para la excepción de la prohibición de los acuerdos restrictivos), como ponen de relieve los distintos reglamentos de exención por categorías que se han ido sucediendo, primero en la CE y, actualmente, en la UE.

5. Por encima de la difícil y debatida ponderación de los efectos económicos de la imposición de los precios de reventa, también se dejan sentir aquí las diferencias de planteamientos que, sobre la valoración competitiva de los sistemas de distribución comercial, se han venido siguiendo en las distintas jurisdicciones. Mientras en Estados Unidos en la jurisprudencia de las últimas décadas se ha tendido a dar mayor relevancia a la competencia entre marcas –competencia *interbrand*<sup>5</sup>–, en Europa se valora tanto o más la competencia dentro de la marca –*intradbrand*–, seguramente por la capacidad que tienen estos acuerdos de distribución para compartimentar territorialmente mercados, lo que puede ir en contra del objetivo de integración de mercados que, de manera prioritaria, tuvo en su momento la constitución de las Comunidades Europeas y, hoy en día, la UE, y que también se considera que es objetivo del Derecho de la competencia europeo<sup>6</sup>.

6. En cualquier caso, en ambas jurisdicciones la doctrina aplicable a los precios de reventa ha variado en los últimos tiempos, pues la inicial consideración de la imposición de precios de reventa dentro de la *per se rule* en Estados Unidos y en la CE, actual UE, en la categoría (en cierta medida) equivalente de las *restricciones por objeto*, se ha abandonado por sus cortes supremas: muy claramente en la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 2007 en el caso *Leegin*<sup>7</sup>, y en Europa –aunque con menos claridad– en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia 2023 del caso *Super Bock*<sup>8</sup>.

7. Este es el *background* del presente trabajo, donde me propongo examinar, en primer lugar y como antecedente (con la mayor brevedad posible), los debates en gran medida económicos sobre los efectos de la imposición de precios de reventa (ap. II), así como los planteamientos seguidos al respecto en el modelo de referencia de los Estados Unidos (ap. III), para ulteriormente centrarme (con algo más de detalle) en la evolución en Europa, partiendo de cómo se ha ido considerando históricamente la cues-

<sup>4</sup> Véase J.I. RUIZ PERIS, “Del contrato bilateral a la relación de red”, en J.I. RUIZ PERIS (dir.), *Hacia un Derecho para las redes empresariales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 9 y ss.

<sup>5</sup> Este punto de vista se infiere, entre otros asuntos, de la sentencia *Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), donde el Tribunal Supremo norteamericano rechazó que cupiera encuadrar en la *per se rule* restricciones verticales que fomentasen la competencia *interbrand*. Véase F. DIEZ ESTELLA, *La discriminación de precios en el Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid 2003, p. 329.

<sup>6</sup> En relación con este objetivo del Derecho de la competencia europeo, me remito a las atinadas consideraciones de A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, I, Parte general. La competencia*, Colex, Madrid 2009, pp. 114 y ss.

<sup>7</sup> *Leegin Creative Leather Inc. v. PSKS*, 127 U.S. 2705 (2007).

<sup>8</sup> STJUE de 29 de junio de 2023, asunto C-211/22 *Super Bock*.

ción en los reglamentos de exención por categorías y por la praxis de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (ap. IV, A-C). Todo con el objetivo de llegar a la situación actual sobre dichos precios de reventa dominada por el reciente Reglamento 2022/720 sobre acuerdos verticales, la Comunicación de la Comisión de 2022 sobre Directrices relativas a las restricciones verticales y la citada sentencia *Super Bock* (ap. IV, D).

## II. Los efectos económicos de la imposición de precios de reventa

8. El debate económico sobre la imposición de precios de reventa parte de la consideración de dos escenarios alternativos, aunque no necesariamente excluyentes y, en todo caso, como se verá enseguida, interrelacionados entre sí. En primer lugar, el de sus efectos anticompetitivos, y, en segundo lugar, el de sus (eventuales) eficiencias o justificaciones (efectos procompetitivos). Los examinamos brevemente a continuación<sup>9</sup>.

### A) Efectos anticompetitivos

#### 1. Incremento de precios al consumidor final

9. Es claro que la imposición de precios de reventa por el proveedor a sus distribuidores, implica la desaparición entre estos de la competencia en precios y, por tanto, limita la competencia *intra-brand*. En este contexto, no parece dudoso que esa eliminación de competencia comportará de ordinario un aumento de los precios finales que tendrían que pagar los consumidores<sup>10</sup>. En razón a ello, se puede afirmar como principio que esta práctica iría contra una de las bases del Derecho de la competencia, que es la de impedir *precios sumamente elevados*<sup>11</sup>, con la evidencia de que, si hubiera competencia en precios entre distribuidores, estos se fijarían probablemente en un nivel más bajo.

10. Pese a lo dicho se ha discutido que la imposición de precios más altos por sí sola pueda considerarse lesiva de la competencia, pues puede presentar contrapartidas para los consumidores que contrarresten esta consecuencia<sup>12</sup>. Con todo, es obvio que, para llegar a esta conclusión, habría que tener evidencia empírica caso a caso de que esto realmente se haya llegado a producir, y mientras esto no se acredite debidamente no dejaría de ser más bien un recurso retórico para desvalorizar algo que es claro: la repercusión negativa de la imposición de precios de reventa sobre los precios y, por tanto, *prima facie*, su carácter lesivo para los consumidores.

11. Por otro lado, también se ha argumentado que la falta de competencia *intra-brand*, puede compensarse con la competencia *inter-brand*, de manera que la capacidad (monopolista) del proveedor

<sup>9</sup> En la doctrina española, hace un completo estudio de estos aspectos pro y anticompetitivos, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación de los precios de reventa”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* nº 4 (2009), pp. 67 y ss., donde buena parte de los argumentos que se exponen a continuación se estudian con mayor detalle y ulteriores referencias bibliográficas. Hace también una panorámica interesante y detallada, en el capítulo correspondiente a Estados Unidos, el documento OECD, *Resale Price Maintenance*, Series Roundtables on Competition Policy nº 94 (2008) [DAF/COMP(2008)37], pp. 214 y ss. La ya citada sentencia *Leegin* del Tribunal Supremo norteamericano, a la que me referiré más adelante, hace un repaso de los principales argumentos que se han manejado en contra y a favor de la fijación de precios de reventa. En Europa hace lo propio la Comunicación de la Comisión de 30 de mayo de 2022 sobre las *Directrices relativas a las restricciones verticales*, a la que también me referiré más adelante.

<sup>10</sup> Conclusión generalmente compartida, incluso por los que ven esta práctica con los mejores ojos: *ad ex.* R. A. POSNER, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2ª ed., Chicago-London 2001, p. 172; R. CLARKE, *Economía Industrial*, trad. esp., Celeste Ediciones, Madrid 1993, p. 343.

<sup>11</sup> Se refiere a esta base del Derecho de la competencia, F. DIEZ ESTELLA, *La discriminación...* cit., p. 48.

<sup>12</sup> En relación con esta argumentación, *ad ex.*, R. A. POSNER, *El análisis económico del Derecho*, trad. esp., Fondo de Cultura Económica, México 1998, p. 281 y en *Antitrust Law*, cit., p. 172, indicando que puede conducir a un incremento de los servicios en favor de los consumidores (esta eficiencia se examina más adelante).

para imponer a sus distribuidores precios de reventa, podría quedar limitada por la competencia entre las redes de distribución de otros productos que, para el consumidor final, formen parte del mismo mercado. Aunque es claro que de existir esta competencia *interbrand*, el poder de mercado del proveedor a la hora de imponer los precios de reventa estaría en entredicho y, en cualquier caso, sería un elemento que acabaría presionando los precios de reventa a la baja hacia su reducción a un nivel competitivo, de nuevo habría que contrastar caso a caso si eso realmente sucede así, partiendo de la delimitación del mercado relevante, y de que las marcas concernidas, por su fortaleza (lo que particularmente sucederá en el caso de las llamadas *marcas renombradas*) o por la diferenciación de productos que supongan, no se puedan considerar como *barreras de entrada*<sup>13</sup>.

## 2. Instrumento para aplicar precios predatorios

12. En sentido contrario al que acaba de señalarse, aunque sea una hipótesis menos probable, la imposición de precios de reventa podría, al menos a corto plazo, suponer una rebaja de los precios a pagar por los consumidores, cuando forme parte de una estrategia del proveedor para penetrar en el mercado, o ganar cuota de mercado a costa de sus rivales en la competencia *interbrand*. Aunque aparentemente este tipo de fijación de precios de reventa no sería lesivo para los consumidores, para descartar su ilicitud habría que ponderar cuidadosamente las circunstancias del caso: poder de mercado del proveedor, competencia potencial *interbrand* y, muy principalmente, carácter de los precios aplicados a la reventa pues si fueran *precios predatorios* serían claramente una práctica de exclusión censurable<sup>14</sup>.

## 3. Freno a la innovación en la comercialización final

13. Asimismo, la eliminación de la competencia en precios entre distribuidores, puede suponer, también como efecto indeseable de la imposición de precios de reventa, un desincentivo para que los distribuidores acometan medidas para incrementar la eficiencia de sus sistemas de comercialización, innovando con la creación de nuevos canales o sistemas de venta y/o en la asistencia pre y postventa<sup>15</sup>. Podría decirse, que esto facilitaría una suerte de *vida fácil*, donde la innovación y el activismo de los distribuidores pueden verse sustituidos por la molicie, al amparo del paraguas seguro de los precios fijos e inmutables.

## 4. Facilitación de la colusión

14. Desde otra perspectiva, se ha señalado que la imposición de precios de reventa puede ser una práctica facilitadora de la colusión, redundando en la prohibición de esta conducta por el Derecho de la competencia. En este sentido, se señala que estas prácticas podrían favorecer los cárteles entre los proveedores (particularmente entre fabricantes), como mecanismo que petrifica los precios finales, a la vez que da transparencia sobre el seguimiento de los precios pactados –los precios de venta al público son, por su propia naturaleza, de general conocimiento–, lo que a su vez facilitaría la adopción de mecanismos de retorsión para los incumplidores del acuerdo cartelístico. De igual manera los acuerdos de este tipo entre distribuidores, que ya no necesitarían coordinar precios –lo que seguramente puede ser más complicado– sino otras condiciones de transacción, se verían igualmente facilitados<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Con argumentación en gran parte coincidente, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 69.

<sup>14</sup> Sobre la relevancia antitrust de los precios predatorios, véase, en la doctrina española, F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust. Estudio comparado de los rodenamientos estadounidense, comunitario y español*, Marcial Pons, Madrid 1997.

<sup>15</sup> C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 69.

<sup>16</sup> En similar sentido R. CLARKE, *Economía Industrial* cit., pp. 344 y s.; N. PETIT y D. HENRY, *Vertical Restraints under EU Competition Law: Conceptual Foundations and Practical Framework*, p. 9 (<https://papers.ssrn.com/sol3/papers>).

15. Personalmente, no veo la cuestión tan clara porque también puede argumentarse, en el caso de los cárteles de proveedores, que el precio fijo de reventa puede ser aprovechado por un proveedor infiel para realizar descuentos secretos a los distribuidores en contra de lo convenido y, de esta manera, ganar cuota de mercado a costa de los demás proveedores<sup>17</sup>. En cualquier caso, aunque se considere que la imposición de precios de reventa facilita los cárteles, es un argumento que tiene menor peso que otros para desacreditar esta práctica en la medida en que los cárteles en sí mismos están prohibidos, y el acuerdo cartelístico no es la fijación de los precios de reventa, sino el acuerdo previo de los cartelistas sobre precios, que puede y debe perseguirse por medios más directos<sup>18</sup>.

16. No obstante, en el caso de mercados con estructura oligopolística, la fijación de precios de reventa podría favorecer *conductas cooperativas tácitas* que, aun siendo indeseables para la competencia, realmente son muy difíciles de perseguir con el actual cuadro de conductas prohibidas por el Derecho de la competencia<sup>19</sup>.

## 5. Mecanismo de exclusión

17. Asimismo, se ha apuntado que la imposición de precios de reventa puede contribuir a reforzar una posición de poder de mercado en el mercado aguas arriba del proveedor, asegurando una suerte de premio a los distribuidores que respeten su exclusividad negándose a comercializar otras marcas, y produciendo, por consiguiente, un efecto de exclusión (*foreclosure*). Vista desde esta perspectiva, la fijación del precio de reventa podría considerarse como un reparto (parcial) en el mercado aguas abajo de las rentas monopolísticas que obtiene el proveedor aguas arriba<sup>20</sup>.

18. Con todo, como se ha observado acertadamente, esta consecuencia no puede predicarse sin más de todos los supuestos de fijación de precios de reventa, y dependerá de que efectivamente se pueda

---

cfm?abstract\_id=1724891); C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 69 y ss.; K. G. ELZINGA y D. E. MILLS, *Leegin and Procompetitive Resale Price Maintenance*, p. 7. ([https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=926072](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=926072)); OECD, *Resale Price...* cit., p. 118.

J. GARRIGUES (*Tratado de Derecho Mercantil*, III.1, Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1963, p. 412), que escribe su obra en un momento en que está naciendo el primer Derecho español de defensa de la competencia (1963), ya señalaba como supuesto en que la licitud de esta esta cláusula era dudosa “el de los pactos horizontales entre empresas de la misma clase vinculados por un contrato de *cartel*, pues tal supuesto conduce a un verdadero monopolio con perjuicio del público en general”.

F. WIJCKMANS, F. TUYTSCHAEVER, J. GUTIÉRREZ GILSANZ y C. HERRERO SUÁREZ (*Contratos de distribución y Derecho de la competencia, UE-España*, Aranzadi, Cizur Menor 2021, p. 346), por su parte, muestran su sorpresa de que el riesgo de colusión horizontal se situó a la cabeza de la lista de problemas de competencia detectados por la Comisión en la imposición de precios de reventa (en las anteriores *Directrices sobre acuerdos verticales*), y recuerdan como en el caso *Leegin*, tras la sentencia del Tribunal Supremo, los demandantes modificaron su demanda para que recibiera un tratamiento de precios horizontal, alegando la existencia de un *cartel* “hub-and-spoke” o radial en el que el proveedor operaba como eje central y los distribuidores eran los radios, pero para ello la jurisprudencia norteamericana exige una “llanta de la rueda” que conecte a los distribuidores entre sí, teoría que en Europa estaría por hacer.

<sup>17</sup> Una argumentación semejante desarrolla A. FONT RIBAS, *Mercado Común y distribución. La distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona 1986, pp. 21 y s. Sin embargo, en contra de este planteamiento, el documento OECD, *Resale Price...* cit., p. 219 señala que “[s]i un fabricante individual intentara robar las ventas de sus rivales ofreciendo descuentos secretos a sus distribuidores, los acuerdos de FPR (fijación de precios de reventa) mínimos impedirían que los minoristas trasladaran el descuento a los consumidores finales, limitando así cualquier aumento en las ventas del infractor (...) Al limitar la capacidad de respuesta de la demanda final a los recortes secretos de los precios, la FPR mínimos reducirían el incentivo de cada fabricante para engañar en sus acuerdos de *cartel*”.

<sup>18</sup> En línea con lo que acabo de señalar el documento de la OECD, *Resale Price...* cit., p. 218 recuerda que, como afirmaron la FTC y el DOJ como *amicus curiae* en el asunto *Leegin*, los cárteles están prohibidos con independencia del estándar de la fijación de precios de reventa.

<sup>19</sup> En este sentido, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 73 y s.; esta misma autora ha estudiado con detalle los problemas de colusión tácita que plantean los oligopolios en “El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario”, en *Actas de Derecho Industrial*, tomo 23 (2002), pp. 113 y ss.

<sup>20</sup> K. G. ELZINGA y D. E. MILLS, *Leegin...* cit., p. 8; C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 73.

colegir que el proveedor dispone de poder de mercado, en función de las características del correspondiente mercado (estructura, barreras de entrada, etc.)<sup>21</sup>.

## 6. Abuso de dependencia

19. La imposición de precios de reventa podría ser, asimismo, en ciertos casos un *abuso de dependencia*, cuando el distribuidor pueda considerarse en situación de dependencia respecto al proveedor, sea por su relación de exclusiva o sea por el porcentaje de sus negocios con él. En esta situación, no es difícil imaginar casos en que esta fijación de precios se utilice como mecanismo para limitar injustificadamente los beneficios de los distribuidores, ahorrando costes en la distribución e incrementando en la misma medida los beneficios del proveedor<sup>22</sup>.

20. Aun sin referirse a este supuesto, pero con un cierto paralelismo en el razonamiento que se ha hecho, la sentencia *Leegin* (III, C), ya señalaba que un fabricante no tiene ningún incentivo para compensar excesivamente a los minoristas con márgenes injustificados, teniendo además en cuenta que precios de reventa demasiado altos afectarán a la competitividad de sus productos, porque los consumidores sustituirían sus productos por otros con menor precio.

## 7. Obstáculo para la integración de mercados

21. Finalmente, en relación con el objetivo específico del Derecho de la competencia europeo, antes mencionado, de evitar, asimismo, prácticas anticompetitivas que obstaculicen el funcionamiento del mercado interior, erigiendo barreras a la libre circulación de mercancías, la imposición de precios de reventa puede suponer, junto con otras medidas alternativas (protección territorial absoluta), un mecanismo antiintegracionista, de compartimentación de mercados, como revela su praxis. En este sentido, basta con mencionar un caso tan conocido como el resuelto por la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 1966, en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64 *Grundig-Consten*, a la que más adelante me referiré<sup>23</sup>.

## B) Eficiencias o justificaciones

### 1. Incremento de la competencia en servicios

22. Un primer argumento en favor de la fijación de precios de reventa es que puede contribuir a incrementar la competencia entre distribuidores en servicios pre y postventa, lo que además casa con los objetivos de la llamada *distribución selectiva* de productos. En los productos acreedores de este tipo de distribución, que son productos marquistas y, en ciertos casos, productos sofisticados o complejos (un ejemplo característico son los vehículos a motor), la demanda no depende tanto, o al menos primordialmente, del precio, sino también de los servicios pre y postventa (en este último caso es crucial la prestación de una garantía efectiva y, en general, del servicio de taller de reparación). En este contexto, la fijación de precios de reventa puede considerarse tanto una remuneración por dichos servicios, como un estímulo para su prestación diligente, lo que a su vez redundaría en una mayor demanda de los productos concernidos<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 73 y s.

<sup>22</sup> Sobre el abuso de dependencia, aunque sin hacer referencia este supuesto específico, véase M. ZABALETA DÍAZ, *La explotación abusiva de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid 2002.

<sup>23</sup> Hay que señalar, no obstante, que hay sectores doctrinales que se muestran críticos acerca de la virtualidad del Derecho de la competencia para conseguir la integración de los mercados nacionales, y manifiestan su desacuerdo con su utilización por la Comisión para conseguir este objetivo. En nuestra doctrina esta es la postura de J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “La prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, en *Indret* 4/2004, pp. 6 y s.

<sup>24</sup> Véase en similar sentido las consideraciones de R. A. POSNER, *El análisis...* cit., p. 281 y de K. G. ELZINGA y D. E. MILLS, *Leegin...* cit., p. 3.

23. Como ya se apuntó anteriormente, habría que comprobar caso a caso si el incremento de precios que supone la fijación de precios de reventa, realmente conduce a una mayor calidad de los servicios que prestan los distribuidores, que compense el sobre coste para los consumidores. Pero acaso donde está el argumento más decisivo para cuestionar esta justificación es plantearse si realmente es necesaria la imposición de precios de reventa para conseguir esta competencia en servicios. Dicho de otra manera: si esa competencia en servicios es la que produce finalmente un incremento de la demanda, no se ve qué papel tiene aquí la fijación de precios de reventa, pues el distribuidor los prestará en la medida en que le sea rentable hacerlo, y para ello no es necesario recurrir a este mecanismo, con todos los inconvenientes que acarrea.

## 2. Incentivo para el cumplimiento de los contratos de distribución

24. Desde otra perspectiva, se ha considerado que la imposición de precios de reventa, puede ser un incentivo para asegurar la fidelidad de los distribuidores y, en definitiva, la eficiencia de la red de distribución, más eficaz que medidas alternativas como pueden ser establecer con detalle las obligaciones y deberes de los distribuidores, y los mecanismos de incumplimiento contractual con sus correspondientes remedios (resolución contractual, etc.). En este sentido, se arguye que la protección de los distribuidores frente a la competencia en precios, es un incentivo o premio para que estos presten de forma eficiente sus servicios<sup>25</sup>.

25. De nuevo cabe poner en duda que la imposición de precios de reventa sea un mecanismo más adecuado que la pura y dura competencia entre distribuidores, para asegurar una adecuada prestación de sus servicios, máxime si no concurren circunstancias especiales, como pueden ser las prácticas parasitarias a las que nos referimos a continuación.

## 3. Incentivo para el ingreso de nuevos competidores

26. Asimismo, se ha argumentado que la imposición de precios de reventa, puede ser un instrumento que incremente la competencia *interbrand* ya que vendría a facilitar la entrada de nuevos productores en el mercado en la misma medida en que permita resarcir o recompensar a los distribuidores por los costes y las incertidumbres que puede suponer la comercialización de nuevos productos o marcas. Hay que reconocer que este argumento, que será también utilizado por la sentencia *Leegin*, es inicialmente persuasivo. Pero para admitirlo en sus justos términos, habría que contemplar la imposición de precios como una medida transitoria a la espera de la consolidación de la nueva marca en el mercado<sup>26</sup>.

## 4. Evitación de prácticas parasitarias

27. Un fenómeno presente en diversos mercados es el del parasitismo que puede producirse cuando algunos distribuidores pueden beneficiarse de los servicios que prestan otros distribuidores sin compensación para estos últimos. Por ejemplo, cuando el consumidor acude a un distribuidor que presta servicios preventa a informarse del producto que pretende adquirir (asesorarse, probarlo, etc.), y luego puede acudir a adquirirlo a otro (*free rider*) que, por no prestar estos servicios y tener menos costes, puede vendérselo más barato<sup>27</sup>. En este contexto, la imposición de precios de reventa se ha considerado como un mecanismo que puede desincentivar estas conductas parasitarias, al suprimir de cara al consumidor el incentivo de una reducción del precio por parte de quien no incurre en estos costes<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Se hacen eco de este argumento, desarrollado por Klein y Murphy, K. G. ELZINGA y D. E. MILLS, *Leegin...* cit., p. 7 y C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 81.

<sup>26</sup> Así se hace en las *Directrices sobre restricciones verticales*, nº 197.

<sup>27</sup> Por ejemplo, porque vende por Internet sin tener que hacer frente a los gastos de mantener abiertos locales de venta al público.

<sup>28</sup> R. A. POSNER, *El análisis...* cit., p. 281; C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 75 y ss.

28. Una vez más habría que contrastar en la práctica, si efectivamente la imposición de precios de reventa puede desincentivar este tipo de prácticas. Por otro lado, teniendo en cuenta que según los canales de distribución los costes de prestación de servicios pueden ser distintos, es poco realista pensar que una imposición uniforme de precios de reventa pueda conjurar las prácticas parasitarias, de manera que los que tengan costes más bajos pueden tener un incentivo para ofrecer servicios extra que realmente no sean necesarios para una distribución más eficiente y que incluso, pudieran llegar a falsear la situación de competencia.

29. Por otro lado, para conseguir el objetivo de evitar el parasitismo se puede recurrir a métodos menos invasivos contra la competencia que la imposición de precios de reventa, estableciendo por ejemplo un sistema de distribución selectiva con selección de los distribuidores, basados en cualificaciones profesionales del distribuidor y su personal, características de los locales, concreción de los servicios pre y postventa a prestar, etc.<sup>29</sup>

## 5. Evitación de conductas desleales

30. Por último, también se arguye que la imposición de precios de reventa sería un medio adecuado para evitar conductas desleales. De entrada, se ha señalado que “los fabricantes pueden desear asegurar la lealtad y la honestidad de sus distribuidores garantizándoles un beneficio mayor que el que les daría la pura competencia, ya que entonces la terminación de su concesión por deslealtad o deshonestidad comportaría una sanción más severa”<sup>30</sup>.

31. De manera más concreta se apunta a evitar que se puedan utilizar productos marquistas a precio reducido como señuelo para inducir a los consumidores a acudir al establecimiento del vendedor (o a su sitio web) y adquirir otros productos distintos<sup>31</sup>. La utilización como mero reclamo o gancho de este tipo de productos puede ser constitutiva de una conducta desleal con consumidores (en este sentido se evocan alguna de estas *prácticas señuelo* dentro del anexo I, apartados 5 y 6, de la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales), y un *envilecimiento* de los productos, que puede erosionar el *goodwill* de las marcas renombradas<sup>32</sup>, pero de nuevo ello no puede servir de justificación a la imposición de precios de reventa, pues tal conducta se puede combatir de manera más proporcionada y menos anticompetitiva por otros medios, como por ejemplo ejercitando acciones de competencia desleal. Puede servir de confirmación de lo que se está diciendo, otro ejemplo en materia de imposición de precios que no ofrece duda alguna: sería como justificar un cártel de precios con el argumento de que de esta manera se evitan los *precios predatorios*.

## C) Balance de efectos pro y anticompetitivos

32. Creo que, con diferencia, son mucho más sólidas las razones apuntadas sobre los efectos anticompetitivos de la imposición de precios de reventa –aunque alguna, como he dicho, me parezca cuestionable–, que las esgrimidas como justificaciones o para apoyar eventuales efectos procompetitivos que, además, solo cabría estimar caso a caso<sup>33</sup>. Sin embargo, en alguno de estos casos estas últimas razones podrían ser atendibles, por lo que probablemente lo más acertado, desde un punto de vista de política jurídica, sea no condenar a priori o siempre la imposición de precios de reventa –esto es, su

<sup>29</sup> Hace consideraciones semejantes, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 75 y ss.

<sup>30</sup> R. A. POSNER, *Antitrust Law* cit., p. 172.

<sup>31</sup> C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 83.

<sup>32</sup> Ya se refería a esta función de la fijación de precios de reventa, en relación con productos de lujo, J. GARRIGUES, *Tratado...* cit., pp. 411 y s.

<sup>33</sup> Sostiene también una postura de escepticismo frente a las ventajas procompetitivas que se suelen asociar a la imposición de precios de reventa, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación ...” cit., pp. 67 y ss.

consideración como conductas incluidas en la *per se rule* o en las *restricciones por objeto*— y a ello, ya se ha señalado, conducen las últimas tendencias jurisprudenciales, tanto en los Estados Unidos como en Europa. Ello no obsta, por lo anteriormente indicado, a que lo más apropiado sea seguir manteniendo una postura de sospecha ante este tipo de prácticas<sup>34</sup>.

33. También debe tenerse en cuenta que no todas las fijaciones de precios de reventa merecen el mismo tratamiento. Las consecuencias negativas que se han expuesto son claramente predicables de las fijaciones de *precios únicos y mínimos*.

34. No se aprecian las mismas consecuencias, sin embargo, respecto a los *precios máximos*. En este punto debe tenerse en cuenta que cuando el proveedor y el distribuidor cuentan con poder de mercado, ambos aplicarán márgenes adicionales a sus propios costes. La única manera de evitar ese doble margen, que encarece los productos y perjudica a los consumidores, es permitir que el proveedor establezca un precio máximo al por menor<sup>35</sup>. Por otro lado, mediante este mecanismo el proveedor puede buscar la finalidad, que estimo legítima, de mantener un precio competitivo de sus productos, lo que, lejos de restringir la competencia, favorecerá la competencia *interbrand* y dejará margen de actuación a la *intra-brand* que, en sí misma, es bueno que exista. Seguramente por estas razones, esta modalidad de imposición de precios de reventa, como se verá más adelante, ha acabado autorizándose en los reglamentos de exención por categorías en Europa<sup>36</sup>.

35. Sin embargo, no estoy seguro de que quepa hacer la misma valoración de las *recomendaciones de precios*, también permitidas por estos reglamentos, pues, si bien es cierto que al faltar coerción permiten que los distribuidores compitan en precios, en combinación con otras restricciones contractuales, como las de protección territorial (aunque estas no sean *absolutas*), pueden llegar a provocar resultados semejantes a los de las fijaciones imperativas. Esto sin olvidar, que su seguimiento por el conjunto de la red de distribución puede equivaler a un acuerdo de fijación de precios, como se estimó en la sentencia de *Super Bock*. A este respecto puede servir de contraste el sometimiento, en la misma Europa, de los llamados *pactos entre caballeros* y de las *recomendaciones de las asociaciones de empresas*, al régimen prohibitivo de los acuerdos y de las decisiones propiamente dichas, como se ha venido estableciendo en la praxis de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

36. En cualquier caso, estas dos modalidades —precios máximos y recomendaciones de precios—, como advierten las *Directrices sobre restricciones verticales*, pueden acabar produciendo también efectos negativos sobre la competencia, dependiendo del poder de mercado del proveedor, ya que cuanto más fuerte sea ese poder “mayor será el riesgo de que un precio de reventa recomendado o máximo lleve a una aplicación más o menos uniforme de dicho precio por parte de los revendedores, ya que les puede resultar difícil desviarse de lo que perciben como el precio de reventa preferido propuesto por un proveedor tan importante” (nº 200).

### III. El tratamiento de la imposición de precios de reventa en Estados Unidos

37. En los Estados Unidos la doctrina sobre la imposición de precios de reventa [*resale price maintenance* (RPM)] se ha ido fijando por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>37</sup> y, al igual que ha

<sup>34</sup> Mantiene una postura coincidente en este último punto, después de la sentencia *Leegin* en Estados Unidos, J. A. MOORE, “Resale Price Maintenance After Leegin: Why Treating Vertical Price-Fixing As “Inherently Suspect” Is the Only Viable Alternative to the Traditional Rule of Reason”, en *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 36, pp. 289 y ss.

<sup>35</sup> En este sentido, se pronunciaba el *Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de la competencia comunitaria de 22 de enero de 1997*, COM(96) 721 final, p. 21.

<sup>36</sup> También se argumenta que estas modalidades dejan un margen de maniobra a los distribuidores para fijar los precios que estimen conveniente: I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid 2015, p. 277.

<sup>37</sup> Examinan esta jurisprudencia, entre otros muchos, R. A. POSNER, *Antitrust Law* cit., pp. 176 y ss.; R. H. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, The Free Press, New York 1978, pp. 280 y ss.; T. B. LEARY y E. S. MINTZERTHE,

sucedido con otras conductas, se detecta en ella una clara evolución hacia un tratamiento más tolerante de estas prácticas seguramente por la influencia, a partir de un cierto momento, de las posiciones próximas a Chicago, que consideran las restricciones verticales como eficientes y beneficiosas para los consumidores<sup>38</sup>.

**38.** El punto de partida de esta jurisprudencia fue el asunto *Dr. Miles* de 1911<sup>39</sup>, referido a los precios mínimos que un laboratorio imponía a la venta de sus medicamentos protegidos por fórmulas secretas no patentadas. El argumento del laboratorio para defender esta fijación, es que si tenía libertad para decidir si vendía y a quién, de igual manera debía reconocérsele el derecho a controlar las condiciones de la reventa de sus productos. Este razonamiento no fue aceptado por el Tribunal Supremo que consideró, ateniéndose a la jurisprudencia establecida para los cárteles, que “los acuerdos o combinaciones entre comerciantes que tengan por único objeto destruir la competencia y fijar los precios, son perjudiciales para el interés público y nulos. No los salvan las ventajas que los participantes esperan obtener del aumento del precio al consumidor”. En definitiva, esto supuso considerar la imposición de precios de reventa dentro de la *per se rule*.

**39.** No obstante, años después el propio Tribunal Supremo mitigó el alcance de esta doctrina en el asunto *Colgate* de 1919<sup>40</sup>, al considerar que era lícito que los proveedores se negasen a contratar con distribuidores que no se adhirieran a los precios de reventa previamente anunciados, por la vía de calificar estas negativas como una conducta unilateral legítima que no tenían el carácter de acuerdos colusorios<sup>41</sup>. Esta misma línea de mitigación se siguió en 1926 en el asunto *General Electric*<sup>42</sup>, cuando se estimó en aquel caso que el concesionario era realmente un consignatario del fabricante y, por tanto, un agente del fabricante y no un comprador.

**40.** Paralelamente, se fue originando un movimiento de pequeños y medianos comerciantes contrario a las trabas legales a la fijación de precios de reventa que, a partir de los años treinta, conseguirá que en varios Estados se aprueben leyes permitiendo expresamente la fijación de precios de reventa, y que lo mismo se haga a nivel federal con la *Miller-Tydings Resale Price Maintenance Act* de 1937, ulteriormente complementada en 1952 por la *McGuire Act*. Sin embargo, en el marco de la crisis de los años 70 con una inflación al alza, el paralelo movimiento consumerista consiguió que se derogase esta legislación por la *Consumer Goods Pricing Act* de 1975, por lo que la cuestión volvió a quedar bajo la prohibición que resultaba del Derecho antritrust tal como había sido aplicado por el Tribunal Supremo, particularmente en el asunto *Dr. Miles*<sup>43</sup>.

**41.** Entretanto, el Tribunal Supremo en principio no cuestionó la inclusión de la fijación de precios de reventa en la *per se rule*, en la sentencia del asunto *Arnold Schwinn* de 1967<sup>44</sup>, pero ya en la década de los ochenta, influido seguramente por los planteamientos de Chicago, prosiguió con la línea de

---

“Future of Resale Price Maintenance, now that *Doctor Miles* is Dead”, en *New York University Journal of Law & Business*, Vol. 4 (2007), pp. 303 y ss. Entre nosotros F. Díez ESTELLA, *La discriminación...* cit., pp. 329 y ss. y, principalmente, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 55 y ss.

<sup>38</sup> Un activo defensor de estas tesis ha sido R. H. BORK, *The Antitrust...* cit., pp. 280 y ss.

<sup>39</sup> *Dr. Miles Medical Co v. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373 (1911).

<sup>40</sup> *United States v. Colgate & Co*, 250 U.S. 300 (1919).

<sup>41</sup> Se señala que “[i]n the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal, and, of course, he may announce in advance the circumstances under which he will refuse to sell”.

<sup>42</sup> *United States v. General Electric Co.*, 272 U.S. 4776 (1926).

<sup>43</sup> Véanse las referencias a esta legislación en E. GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid 1977, p. 228; St. John’s Law Review, “Resale Price Maintenance and the McGuire Act”, en *St. John’s Law Review*, vol. 27 (May 1953), n° 2, pp. 379 y ss.; C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., p. 57.

<sup>44</sup> *United States v. Arnold Schwinn & Co*, 388 U.S. 365 (1967). No obstante, en el Tribunal de Distrito no se apreció una imposición de los precios, lo que, al no ser recurrido por las partes, evitó que la cuestión se examinara por el Tribunal Supremo desde este punto de vista.

mitigación de esta doctrina avanzada décadas atrás en la sentencia *Colgate*<sup>45</sup>, en los asuntos *Monsanto* de 1984<sup>46</sup> y *Business Electronics* de 1988<sup>47</sup>, donde se exige que haya prueba de la existencia de un acuerdo de fijación de precios, aunque se haya rescindido el contrato a distribuidores que hacían descuentos debido a las protestas de otros distribuidores.

42. El último paso en esta línea la representa la ya citada sentencia en el asunto *Leegin* de 2007<sup>48</sup>. El supuesto de hecho que está en la base de esta sentencia era el sistema de distribución utilizado por la firma *Leegin* en relación con cinturones y otros accesorios para mujer que producía bajo la marca *Brighton*, y donde se daba a los distribuidores la posibilidad de acceder a la categoría distinguida de *Heart Store* si aceptaban no vender por debajo de los precios recomendados, en el marco de una política comercial destinada a fomentar la venta en pequeños establecimientos con mejor atención al público. El distribuidor PSKS había adquirido esa categoría, pero tras descubrir *Leegin* que vendía sus productos con un descuento del 20 % y negarse a dejar de hacerlo, interrumpió el suministro de sus productos, lo que le ocasionó al distribuidor una importante pérdida de ingresos. Debido a ello PSKS demandó a *Leegin* alegando la vulneración de la sección 1 de la *Sherman Act*. *Leegin* fue condenada en el Tribunal de Distrito y en el del Quinto Circuito, que rechazaron la aplicación al caso de la *rule of reason* ateniéndose a la *per se rule* que resultaba de la sentencia *Dr. Miles*. Recurrido el fallo ante el Tribunal Supremo, en su sentencia estimará que el estándar apropiado para enjuiciar la imposición de precios de reventa es el de la *rule of reason* y no el de la *per se rule*, aplicando la doctrina que ya se venía haciendo por el Tribunal Supremo para analizar otras restricciones verticales.

43. En su fundamentación, el Tribunal Supremo va a analizar la literatura económica, señalando que “está repleta de justificaciones procompetitivas sobre la fijación por el fabricante del precio de reventa”, citando, entre otros, a Areeda, Hovenkamp, Bork y Posner. Examina, en primer lugar, los argumentos procompetitivos, como el fomento de la competencia en servicios y el incremento de la competencia *interbrand* por facilitar el acceso de nuevas marcas y ser un incentivo para un desempeño eficiente de la distribución. Respecto a los efectos anticompetitivos, se refiere a la posibilidad de utilizar la fijación de precios de reventa para instrumentalizar cárteles de fabricantes y minoristas o para que un fabricante abuse de su poder de mercado para excluir competidores. En este contexto, considera que si bien la *per se rule* –invocada por el recurrente– puede reducir los costes administrativos del sistema antimonopolio, también podría ser contraproducente e incrementarlos si se acaba prohibiendo una conducta procompetitiva que las leyes antimonopolio deberían fomentar (riesgo de falsos positivos). Tras valorar de nuevo los efectos procompetitivos que puede tener una fijación de precios de reventa, concluye que la *rule of reason* y no la *per se rule*, sería el estándar apropiado para juzgar las restricciones verticales de precios, aportando suplementariamente diversos argumentos para cambiar la doctrina de la sentencia *Dr. Miles*, de la que recuerda además que tenía casi un siglo de existencia. Con todo, el fallo se produjo por una exigua mayoría del Tribunal Supremo, porque cuatro magistrados discreparon de la doctrina de la sentencia, abogando por el mantenimiento de la doctrina de la sentencia *Dr. Miles*<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> En el intermedio se dictó la ya citada sentencia en el asunto *Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), donde se rechazó que cupiera encuadrar en la *per se rule* restricciones verticales que fomentasen la competencia *interbrand*.

<sup>46</sup> *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984)

<sup>47</sup> *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U. S. 717 (1988)

<sup>48</sup> *Leegin Creative Leather Inc. v. PSKS*, 127 U.S. 2705 (2007). Comentan esta sentencia T. B. LEARY y E. S. MINTZERTHE, “Future...” cit., pp. 303 y ss. y K. G. ELZINGA y D. E. MILLS, *Leegin...* cit. En la doctrina española, C. HERRERO SUÁREZ, “La fijación...” cit., pp. 53 y ss.

<sup>49</sup> Tras la sentencia *Leegin* se ha producido un cierto debate sobre cómo debe aplicarse la *rule of reason* a la imposición de los precios de reventa: véase J. A. MOORE, “Resale...” cit., pp. 289 y ss, quien defenderá que la manera más apropiada de hacer esta aplicación es partiendo de la consideración de esta práctica como “intrínsecamente sospechosa”.

<sup>50</sup> Por otro lado, el estado de Maryland sigue prohibiendo por ley la imposición de precios de reventa mínimos: MD. Commercial Law Code Ann. § 11-204(b): “a contract, combination, or conspiracy that establishes a minimum price below which a retailer, wholesaler, or distributor may not sell a commodity or service is an unreasonable restraint of trade or commerce”.

## IV. El tratamiento de la imposición de precios de reventa en el Derecho de la competencia europeo

### A) Antecedentes

44. Las bases de lo que hoy es el Derecho de la competencia europeo –inicialmente Derecho de la competencia comunitario–, se establecieron en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas de los años 50 del siglo XX, y perviven en la actualidad, con escasas diferencias textuales, en el Tratado de Funcionamiento de la UE, artículos 101 y siguientes (primitivos artículos 85 y siguientes del Tratado de la CEE, ulteriormente artículos 81 y siguientes del Tratado de la CE), aunque haya habido cambios muy significativos en el Derecho derivado y en la praxis de su aplicación por la Comisión y su interpretación por el Tribunal de Justicia.

45. Como es bien sabido, dentro de este Derecho se contemplaban y se siguen contemplando dos conductas prohibidas: los *acuerdos colusorios* y el *abuso de posición de dominio*<sup>50</sup>. Respecto a la primera de ellas, se prohibieron por el entonces artículo 85.1 del Tratado de la CEE (actual artículo 101.1 del Tratado de funcionamiento de la UE) los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tuvieran un objeto o efecto anticompetitivo y afectasen al funcionamiento, entonces, del mercado común y, actualmente, del mercado interior europeo. La prohibición, sin embargo, era de carácter relativo de manera que se exceptuaban de ella, y se siguen exceptuando, los acuerdos (etc.) que cumplieran determinadas condiciones de efectos pro y anticompetitivos establecidas en el apartado 3º de la propia norma, recogiendo de esta manera legalmente lo que en el sistema norteamericano, que había servido de modelo al europeo, se había ido estableciendo por los tribunales mediante la aplicación de la *rule of reason* o, su alternativa (de prohibición absoluta), la *per se rule*.

46. En los primeros tiempos se planteó un debate acerca de si la prohibición del entonces artículo 85.1 del Tratado de la CEE (actual artículo 101.1 del Tratado de funcionamiento de la UE), estaba condicionada por una *rule of reason* al estilo norteamericano, aunque, como acaba de señalarse, realmente se había tratado de plasmar en el apartado 3º de este artículo<sup>51</sup>. En este escenario, y habida cuenta de la frecuencia que en la práctica tenían los *acuerdos verticales de distribución*, más pronto que tarde tenía que plantearse su sujeción a la prohibición de los acuerdos colusorios (apartado 1º) y, en su caso, qué condiciones debían reunir para ser autorizados (apartado 3º).

47. La primera referencia a la cuestión la vamos a encontrar en el Reglamento 17/62 del Consejo de 21 de febrero de 1962 de aplicación (y desarrollo) de las prohibiciones de los artículos 85 (acuerdos colusorios) y 86 (abuso de posición dominante) del Tratado de la CEE. En este Reglamento, seguramente por la falta de cultura y experiencia sobre defensa de la competencia en las empresas europeas, se optó por un régimen de *reserva de autorización* de excepciones (y que, textualmente al menos, no se contemplaba, ni se contempla en la actualidad, en la norma), de manera que todos los acuerdos restrictivos de la competencia quedaban sometidos inicialmente a la prohibición y únicamente la Comisión, previa notificación de los interesados, tenía la facultad de declararlos exceptuados, bien por estimar que no estaban sometidos a la prohibición del apartado 1º del artículo 85, bien porque se cumplieran los requisitos establecidos en el referido apartado 3º del artículo 85 (en el llamado formulario A/B los interesados podían solicitar ambos pronunciamientos simultáneamente). No obstante, de manera muy significativa, el artículo 4.2, a) del Reglamento exceptuaba la obligación de notificar los acuerdos cuando “[n]o participen en ellos más que dos empresas, siempre que esos acuerdos tengan solamente por efecto (...) restringir la libertad de formación de precios o condiciones de la transacción de una de las

<sup>50</sup> Además, en el Tratado de la CECA (creada en 1951 y que se extinguiría subsumida en la CE 50 años después) se establecía un *régimen de control de las operaciones de concentración de empresas* (fusiones y adquisiciones de empresas) que no se llevó al de la CEE –y que sigue sin establecerse en el vigente Tratado de funcionamiento de UE–, aunque posteriormente en 1989 se promulgó un primer régimen de control en el Reglamento 4064/89, actualmente sustituido por el 139/2004.

<sup>51</sup> Véase, *ad ex.*, C. D. EHLERMANN, “La modernisation de la politique antitrust de la CE: une révolution juridique et culturelle”, en *Revue de Droit de l’Union Européenne*, nº1/2000, p. 28.

partes en el contrato en el *momento de la reventa de mercancías* adquiridas a la otra parte contratante”, lo que, por encima de la exención de la obligación de notificar los acuerdos de distribución comercial que se limitasen a fijar precios de reventa, daba ciertamente una cierta cobertura de legitimidad a esta práctica, aunque se incluyeran en acuerdos con cláusulas restrictivas de mayor alcance, como, *ad ex.*, las que contuvieran zonas de exclusiva.

**48.** Poco después la Comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962, aclaró cómo afectaba la prohibición de los acuerdos colusorios a los *contratos de agencia*. A este respecto, consideró que estos contratos no estaban afectados por la prohibición de los acuerdos colusorios, con el razonamiento de que “el agente comercial ejerce tan sólo una función de carácter auxiliar (...) actúa de acuerdo con las instrucciones y en interés de la empresa para la que desarrolla su actividad (...) [y] no es por sí mismo ni comprador ni vendedor, sino que busca compradores o vendedores en interés del otro contratante, el cual este sí, vende o compra”. Argumentación que recuerda a la seguida en la anteriormente citada sentencia de 1926 del Tribunal Supremo norteamericano en el asunto *General Electric*. Tras haber sido armonizado en 1986 el régimen del contrato de agencia por la Directiva 86/353, esta posición se ha seguido manteniendo en las Directrices relativas a las restricciones verticales de 13 de octubre de 2000 (núms. 12 a 20) y en las actualmente vigentes de 30 de junio de 2022 (núms. 29 a 46) que, no obstante, fijan de manera bastante minuciosa las condiciones bajo las cuales dichos contratos deben considerarse exceptuados, partiendo de que “el agente no asume ningún riesgo financiero o comercial importante en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal”, como *conditio sine qua non* para la exceptuación.

**49.** Pero el sometimiento, en general, de los acuerdos verticales de distribución al régimen prohibitivo de los acuerdos colusorios, se va a resolver por la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 1966, en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64 *Grundig-Consten*. Esta sentencia, cuyas conclusiones distan de haber sido unánimemente compartidas<sup>52</sup>, consideró que un *acuerdo de distribución exclusiva* (concedida por un fabricante de un estado miembro a un distribuidor de otro estado miembro, en este último territorio), estaba sometido a la prohibición del entonces artículo 85.1 del Tratado de la CEE, ya que la norma no distinguía a estos efectos entre acuerdos horizontales y verticales y que la competencia se podía falsear también por estos últimos perjudicando a los consumidores. Pero probablemente lo más decisivo en este caso, fue la consideración de que “un acuerdo entre productor y distribuidor celebrado para restablecer las divisiones nacionales en el comercio entre Estados miembros puede ser contrario a los objetivos más fundamentales de la Comunidad (...) [que] tratan de suprimir las barreras entre Estados [por lo que no se debe] permitir que las empresas reconstruyeran tales barreras; que el apartado 1 del artículo 85 responde a dicho objetivo, aun en el caso de que se trate de acuerdos entre empresas situadas en distintas fases del proceso económico”<sup>53</sup>.

**50.** La misma línea continuará años después en la sentencia de 28 de enero de 1986, en el asunto 161/84 *Pronuptia*, donde el Tribunal de Justicia, resolviendo una cuestión prejudicial, señaló que un *contrato de franquicia* podía caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 85.1 del Tratado de la CEE. Tiene interés que, en el contrato de franquicia examinado, entre otras cláusulas, se contemplaba “tomar en consideración los precios sugeridos por el cedente como recomendaciones para la reventa sin

<sup>52</sup> Entre nosotros se muestra crítico respecto a la consideración de que estos acuerdos caerían *ab initio* en la prohibición del entonces artículo 85.1 del Tratado de la CEE, A. FONT RIVAS, *Mercado Común...* cit., pp.51 y ss. (debe tenerse en cuenta, no obstante, que la obra se escribe en un momento en que todavía regía el sistema de reserva de autorización de excepciones en favor de la Comisión, por lo que no era factible considerar autorizado un acuerdo que no se le hubiera notificado previamente aunque en abstracto reuniera las condiciones exigidas para ello en el apartado 3º del artículo 85).

<sup>53</sup> Poco después, sin embargo, en la sentencia de 30 de junio de 1966, asunto 56/65 *Société Technique Minière*, resolviendo una cuestión prejudicial, se estimó que dado que el artículo 85.1 “se basa en una apreciación de las repercusiones del acuerdo sobre dos aspectos que dependen de una evaluación económica, no puede ser interpretado en el sentido de que establece un perjuicio de ningún tipo contra una categoría de acuerdos determinada por su naturaleza jurídica; que, por lo tanto, no puede aplicarse automáticamente la prohibición del apartado 1 del artículo 85 al contrato por el que un productor confía a un distribuidor único la venta de sus productos en una zona determinada”.

perjuicio de su libertad para fijar estos precios”. En este punto el Tribunal de Justicia señaló que “[a]unque las cláusulas que limiten la facultad del cesionario de determinar sus precios con toda libertad sean restrictivas de la competencia, no ocurre lo mismo respecto a la facultad del cedente de comunicar a los cesionarios precios indicativos, siempre que no existan entre el cedente y los cesionarios o entre los cesionarios, prácticas concertadas para la aplicación efectiva de dichos precios. Corresponderá –se concluía– al juez nacional comprobar si se cumple esta condición”.

**51.** En relación específica con la imposición de precios de reventa, la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1985, asunto 243/83 *SA Binon & Cie*, resolviendo una cuestión prejudicial, relativa a la distribución de prensa extranjera en Bélgica, entre otros aspectos en relación con los precios fijados por los editores, consideró que esta imposición de precios era incompatible con el artículo 85.1 del Tratado de la CEE, aunque la Comisión podía examinar, en el marco de una solicitud de exención, si tal elemento de un sistema de distribución puede estar justificada.

## **B) Los primeros reglamentos de exención por categoría**

**52.** El sistema de notificación previa previsto para los acuerdos restrictivos de la competencia por el Reglamento 17/62 del Consejo, que pronto entró en colapso por el gran número de las producidas<sup>54</sup>, junto con las dudas que seguían subsistiendo sobre las condiciones de aplicabilidad del artículo 85.1 y 3 del Tratado de la CEE a los acuerdos verticales de distribución, determinó finalmente que se dictasen reglamentos de exención por categorías<sup>55</sup>, donde *ex ante* se precisaban por la Comisión las condiciones que deberían reunir dichos acuerdos verticales para estar exceptuados de la prohibición, aunque también se acabaron dictando reglamentos en relación con otro tipo de acuerdos (horizontales, conferencias marítimas, etc.)<sup>56</sup>.

**53.** El primero de estos reglamentos fue el Reglamento 67/67 de la Comisión de 1967 sobre *acuerdos de exclusiva*. Por lo que respecta al tema que aquí interesa –que es la imposición de los precios de reventa–, este reglamento guardaba silencio, si bien su artículo 2 señalaba que únicamente se podían imponer al concesionario las restricciones expresamente contempladas, entre las que no figuraba la imposición de precios de reventa, aunque hay que recordar que, como ya se ha mencionado, el Reglamento 17/62 del Consejo excluía de la obligación de notificación la fijación de precios de reventa en acuerdos bilaterales.

**54.** Una situación semejante se mantendrá en los ulteriores reglamentos 1983/83 y 1984/83 de la Comisión de 1983 relativos, respectivamente, a los acuerdos de *distribución exclusiva* y *compra en exclusiva*. En ambos reglamentos, aunque siguió sin contemplarse expresamente el tema de la imposición de precios de reventa, tampoco estaba esta restricción entre las que se permitían en sus respectivos artículos 2.

**55.** La imposición de precios de reventa, sin embargo, merecerá ya un tratamiento específico en el ulterior Reglamento 123/85 de la Comisión de 1985 relativo a los *acuerdos de distribución y servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles*, que era y sigue siendo un sector de gran importancia económica. Su artículo 6.2 considerará inaplicable la exención contemplada para este tipo de acuerdos,

---

<sup>54</sup> C. D. EHLERMANN, “La modernisation...” cit., p. 20, da la cifra de 34.500 notificaciones; V. KORAH, *Introducción al Derecho y práctica de la competencia en la C.E.E.*, ed. española a cargo de A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ, Ariel, Madrid 1986, p. 118, en referencia únicamente a acuerdos de distribución exclusiva, da la de más de 30.000.

<sup>55</sup> Otra vía que se siguió para resolver el problema, fue el de las cartas informales donde un funcionario, tras un examen preliminar, señalaba que no veía problemas en el acuerdo notificado respecto a la competencia que, no obstante, tenían el inconveniente de su falta de vinculación: V. KORAH, *Introducción...* cit., pp. 76 y s., nota 20.

<sup>56</sup> La cobertura para estos reglamentos de la Comisión, la proporcionaron varios reglamentos del Consejo; en relación con los acuerdos verticales, el Reglamento 19/65.

“cuando el constructor, el abastecedor u otra empresa de la red de distribución obligue al distribuidor a no reducir determinados precios o a no sobrepasar determinadas tasas de descuento en la reventa de los productos contractuales o de otros correspondientes”. Lo que suponía, en definitiva, descartar que se pudieran imponer precios de reventa fijos o mínimos<sup>57</sup>.

**56.** En la misma línea se mantendrá el sucesivo Reglamento 1475/95 de la Comisión de 1995 sobre estos acuerdos, aunque excluyendo de la autorización a cualquier modalidad de imposición de precios de reventa –por tanto, también los máximos–, al señalar su artículo 6.6 que se perderá la exención “cuando el fabricante, el proveedor u otra empresa de la red restrinja directa o indirectamente la libertad del distribuidor de fijar los precios y descuentos de la reventa de los productos contractuales o productos correspondientes”. Lo cual se justificó en la exposición de motivos (punto 25), indicando que “para mantener una competencia efectiva en la fase de distribución, es necesario prever que el fabricante o proveedor no pueda acogerse a la exención cuando restrinja la libertad del distribuidor de desarrollar su propia estrategia de precios de reventa”.

**57.** También hará un tratamiento específico el Reglamento 4087/88 de la Comisión de 1988 sobre *contratos de franquicia*, que comenzaban a tener una importancia considerable en la economía de los estados miembros de la CE, y tras la confirmación que supuso la ya citada sentencia *Pronuptia* de su sometimiento al entonces artículo 85 del Tratado de la CEE. En el artículo 5, e) de este Reglamento se excluirá la aplicación de la exención reconocida a este tipo de acuerdos cuando “se impongan directa o indirectamente, restricciones al franquiciado en la imposición de los precios de venta de los productos o servicios objeto de la franquicia, sin perjuicio de la posibilidad del franquiciador de recomendar dichos precios”. Como se observa, la única diferencia con el anteriormente citado Reglamento 1475/95 sobre automóviles, es que aquí se admiten expresamente las *recomendaciones de precios de reventa*, no contemplados *expressis verbis* en aquel, por lo que podría haber dudas sobre su admisibilidad en aquel ámbito.

### C) La modernización del Derecho de la competencia

**58.** Con la llegada del nuevo milenio, que coincidió con la perspectiva de ampliación de las Comunidades Europeas de los entonces llamados PECOS (países de Centro Europa y Europa Oriental ex comunistas), se hizo patente la necesidad de modernizar el entonces Derecho de la competencia comunitario. Esta modernización, fue precedida por un *Libro blanco* de la Comisión<sup>58</sup> donde se preconizaba, entre otras medidas, el cambio para los acuerdos restrictivos del sistema de *reserva de autorización* de excepciones, hasta entonces existente, por un sistema de *excepción legal*. Esto permitiría que los acuerdos restrictivos se considerasen autorizados desde el momento en que reunieran los requisitos exigidos por el entonces artículo 81.3 del Tratado de la CE, sin necesidad de un previo pronunciamiento de la Comisión, descargándola de trabajo y permitiéndole centrarse en la persecución de conductas más graves como los cárteles, en un momento, además, en que ya estaba plenamente implantada una cultura de la defensa de la competencia en las empresas europeas, tras décadas de experiencia en la aplicación del Derecho de la competencia.

**59.** Esta propuesta se vio inmediatamente implementada, para el ámbito de los *acuerdos verticales*, por la modificación por el Reglamento 1216/99 del Consejo, del citado Reglamento 17/62<sup>59</sup>, que, dando una nueva redacción a su artículo 2.2, a), eximió del deber de notificación a “[l]os acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más empresas que operen, por lo que atañe al acuerdo, a un nivel de la

<sup>57</sup> El punto 23 de la exposición de motivos señala que “[l]as cláusulas de precios mínimos y las obligaciones de no sobrepasar determinadas tasas de descuento quedan excluidas del beneficio de la exención concedida por el presente Reglamento (punto 2 del artículo 6)”.

<sup>58</sup> *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (antiguos artículos 85 y 86 del Tratado CE)*, DOCE C 132 de 12 de mayo de 1999.

<sup>59</sup> La reforma se vio aquí precedida por el anteriormente citado *Libro verde sobre las restricciones verticales*.

cadena de producción o distribución diferente, y que afecten a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios” –esto es, a los acuerdos verticales–, a la vez que eliminó la excepción de notificación que había anteriormente en cuanto a los acuerdos bilaterales de imposición de precios de reventa (y que, en todo caso, habría sido innecesario mantener).

**60.** El paso al *sistema de excepción legal*, se quiso hacer compatible con la previa existencia de reglamentos de exención por categoría, como medio de aportar mayor seguridad jurídica. Pronto se renovarían los reglamentos hasta entonces existentes sobre acuerdos verticales, por el Reglamento 2790/1999 de la Comisión de 1999 sobre dichos acuerdos en general, y que sustituiría a los sectoriales hasta aquel momento existentes 1983/83, 1984/83 y 4087/88, excepción hecha del de distribución de automóviles, que se siguió manteniendo como reglamento específico. El artículo 4, a) consideró inadmisibles (como *cláusula negra*) “la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes”.

**61.** En la nueva fórmula que utiliza el Reglamento 2790/1999 se observa una postura más matizada que en los reglamentos anteriores sobre la imposición de precios de reventa, pues se excluyen los fijos o mínimos, pero se permiten expresamente los máximos –cosa que hasta ese momento no se había hecho y que desde un punto de vista de política jurídica, como ya dije, parece adecuado– y las recomendaciones –aunque esto ya se contenía en el Reglamento sobre acuerdos de franquicia–; aclarándose, en todo caso, que dentro de la exclusión entran también los sistemas de imposición indirecta de precios a través de presiones o incentivos procedentes de ambas partes –estos es, tanto del proveedor como del distribuidor–. La exposición de motivos del Reglamento justificaba estas disposiciones, como otras relativas a la prohibición de la protección territorial absoluta, por el carácter no imprescindible de dichas restricciones para que los acuerdos alcanzasen los efectos positivos que merecen su excepción de la prohibición (nº 10).

**62.** Finalmente, le llegó la renovación al Reglamento de distribución de automóviles, que fue sustituido por el 1400/2002 de la Comisión de 2002. El artículo 4, a) considerará como *restricción especialmente grave* a la que no se aplicará la exención, “la restricción de la facultad del distribuidor o taller de reparación para determinar su precio de venta, sin perjuicio de la capacidad del proveedor para imponer un precio de venta máximo o recomendar un precio de venta dado, siempre y cuando tal precio no sea un precio de venta fijo o mínimo fijado a raíz de presiones o de incentivos ofrecidos por cualquiera de las partes”; es decir, que se estableció un régimen para la imposición de los precios de reventa que era en esencia el mismo que el del precedente Reglamento 2790/1999 sobre acuerdos verticales.

**63.** Ulteriormente, el nuevo Reglamento 1/2003 del Consejo, que sustituyó al 17/62, eliminaría ya con carácter general para todo tipo de acuerdos la necesidad de previa notificación. El nuevo *sistema de excepción legal* imponía a las partes que pretendieran celebrar un acuerdo que pudiera tener un objeto o un efecto restrictivo de la competencia, una autoevaluación cuidadosa de los efectos pro y anti-competitivos del acuerdo, en el marco de lo previsto en el apartado 3º del entonces artículo 81 del TCE (actual artículo 101.3 del Tratado de funcionamiento de la UE), que además debería probar o acreditar si se iniciase un procedimiento judicial o administrativo contra el acuerdo. En este sentido, el artículo 2 del Reglamento 1/2003, relativo a *la carga de la prueba*, señalará que “[e]n todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas –continúa el precepto– que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado”.

**64.** En este marco de autoevaluación tiene relevancia la Comunicación de la Comisión de 2004 sobre las *Directrices relativas a la aplicación del artículo 81.3* (actual artículo 101.3). En dichas Directri-

ces la Comisión, partiendo de la fórmula que utiliza el artículo 81.1 (actual artículo 101.1) para prohibir los acuerdos colusorios, va a distinguir entre *restricciones por objeto* y *restricciones por efecto*, señalando que esta distinción es importante porque “[u]na vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia, huelga atender a sus efectos concretos. Dicho de otro modo –continúa–, a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 81, cuando un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, no es necesario demostrar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia. En cambio, el apartado 3 del artículo 81 no distingue entre acuerdos que tienen por objeto restringir el juego de la competencia y acuerdos que producen ese efecto. El apartado 3 del artículo 81 –concluye– se aplica a todos los acuerdos que reúnan las cuatro condiciones en él recogidas”.

**65.** Aunque por esta última afirmación, no hay una equiparación completa a lo que en los Estados Unidos se considera que forma parte de la *per se rule*, pues aquí teóricamente seguiría habiendo espacio para una excepción de la prohibición, es indudable la cierta equivalencia entre ambas categorías.

**66.** Por lo que ahora interesa, la Comisión en estas Directrices, partiendo de lo que ella misma ha establecido en los reglamentos de exenciones y en sus comunicaciones y directrices, considera como *restricciones por objeto* aquellas que allí se prohíben o se consideran especialmente graves. En el caso de las *restricciones horizontales*, la imposición de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados o clientes (*ergo* los cárteles), y en las *verticales*, “la imposición de precios de reventa mínimos y fijos y las restricciones que establecen una protección territorial absoluta, incluidas las restricciones sobre las ventas pasivas” (nº 23). Por tanto, hay una gran coincidencia con el ámbito que a la fecha se venía reconociendo en Estados Unidos a la *per se rule* –cárteles e imposición de precios de reventa–, con lo que se confirma la búsqueda consciente de esta cierta equivalencia por la Comisión, por más que ello no se deduzca de lo que decía el artículo 81 y dice actualmente el 101<sup>60</sup>.

**67.** Posteriormente se dictó un nuevo Reglamento de *acuerdos verticales*, el 330/2010 de la Comisión de 2010, que se siguió configurado como un reglamento aplicable a todos los acuerdos de carácter vertical, incluidos ahora los de distribución de automóviles, en virtud de la remisión que posteriormente le haría poco después el artículo 3 del Reglamento 461/2010 de la Comisión de ese mismo año. El artículo 4 mantuvo la exclusión de la imposición de los precios de reventa en los mismos términos de los precedentes reglamentos 2790/1999 y 1400/2002.

**68.** De 2010 a 2022 la Comisión impuso multas a empresas, en relación con acuerdos colusorios, por un total de unos 29.000 millones de euros, pero solo cinco de esas decisiones sancionadoras se referían a la fijación de precios de reventa, por una cuantía de unos 151 millones de euros<sup>61</sup>. Las más significativas han sido cuatro decisiones de fecha 24 de julio de 2018 –asuntos AT.40465 *Asus*, AT.40469 *Denon & Marantz*, AT.40181 *Philips* y AT.40182 *Pioneer*– sancionando a varios fabricantes de productos electrónicos por la imposición de precios de reventa fijos o mínimos a sus distribuidores *on line*, con multas que, si bien se redujeron entre el 40 y el 50 % por la cooperación prestada por las empresas, alcanzaron la cifra nada desdeñable de más de 111 millones de euros. La principal peculiaridad de estos casos, además de poner fin a una cierta inactividad de la Comisión en la persecución de estas conductas, es que las empresas distribuidoras actuaban en línea y el mecanismo de coordinación

---

<sup>60</sup> Anteriormente me he mostrado crítico con esta equivalencia en L.A. VELASCO SAN PEDRO, “Restricción por objeto”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO (dir), *Diccionario...* cit., pp. 636 y ss. por alterar la regla de la carga de la prueba que contempla el ya citado artículo 2 del Reglamento 1/2003.

<sup>61</sup> Por otro lado, no faltan sectores doctrinales que critican, a mayores, que la imposición de precios de reventa se siga manteniendo en la *lista negra* de restricciones, partiendo de que la mayoría de las teorías condicionan su potencial anticompetitivo a la previa existencia de posiciones de poder en el mercado, y de que, si no existe un riesgo demostrado de conductas colusorias, es difícil identificar otros perjuicios o efectos lesivos: F. WICKMANS, F. TUYTSCHAEVER, J. GUTIÉRREZ GILSANZ y C. HERRERO SUÁREZ, *Contratos de distribución...* cit., pp. 347 y s.

<sup>62</sup> Datos aportados por J. AMTHAUER, J. FLEISS, F. GUGGI y V.H.S.E. ROBERTSON, “Detecting resale price maintenance for competition law purposes: Proof-of-concept study using web scraped data”, en *Computer Law & Security Review* 51 (2023) 105901, p. 3

de los precios de reventa, en parte se produjo utilizando por los minoristas software automático para monitorear y fijar precios.

## B) Estado actual de la cuestión

### 1. El Reglamento 2022/720 sobre acuerdos verticales y sus Directrices

69. Actualmente los acuerdos verticales se rigen por el Reglamento 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022. Este reglamento, en relación con la imposición de precios de reventa, no aporta novedades, puesto que su artículo 4, a) dice prácticamente lo mismo que señalaba el anterior reglamento. Por tanto, se sigue excluyendo la fijación directa o indirecta de precios de reventa fijos y mínimos, y permitiendo la de máximos y las recomendaciones<sup>62</sup>.

70. Con todo, la Comunicación de la Comisión sobre *Directrices relativas a las restricciones verticales* de 30 de junio de 2022 (núms. 185 y ss.), añade precisión sobre cómo ha de apreciarse dentro de esos términos la existencia de una imposición de precios de reventa (IPR en la terminología de la comunicación), que se considera como una “restricción especialmente grave” (nº 185), estableciendo adicionalmente algunas adaptaciones a los mercados electrónicos. Por otro lado, se señala que, si bien el Tribunal de Justicia ha sostenido en varias ocasiones que la IPR es una restricción de la *competencia por objeto*, esta calificación “no significa que se trate *per se* de una infracción del artículo 101 del Tratado”, por lo que “[c]uando las empresas consideren que la IPR mejora la eficiencia en un caso concreto, estas pueden alegar justificaciones de eficiencia con arreglo al artículo 101. apartado 3, del Tratado” (nº 195)

71. En cuanto a las modalidades de IPR, se comienza señalando que puede hacerse *directamente*. Tal sería el caso en que el proveedor establezca cláusulas sobre el precio que el comprador debe cobrar a sus clientes, o que le permiten fijarlo o que prohíben que el comprador venda por debajo de un determinado precio. Asimismo, se considera que existe esta restricción cuando el proveedor solicita un aumento de precios y el distribuidor lo cumple (nº 186), lo que no veo muy coherente con la admisión que hace el Reglamento 2022/720 de las recomendaciones de precios, porque solicitar e imponer no es lo mismo. Cuestión distinta es que la solicitud se hubiera hecho bajo coacción, pero aquí creo que entraríamos más propiamente en los medios indirectos de establecer una IPR.

72. Precisamente, el mayor interés de las Directrices estriba en la delimitación de qué se estima como *medios indirectos* de establecer una IPR. Aquí se consideran como tales, tanto los incentivos, como los desincentivos. Concretamente (en su nº 187), se establecen de manera no exhaustiva los siguientes:

- “a) fijar el margen de reventa;
- “b) fijar el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder a partir de un nivel de precios prescrito;
- “c) supeditar la concesión de descuentos o el reembolso de los costes de promoción por parte del proveedor al cumplimiento de un determinado nivel de precios;
- “d) imponer precios mínimos anunciados («PMA»), que prohíben al distribuidor anunciar precios por debajo de un nivel fijado por el proveedor;
- “e) vincular el precio de reventa prescrito a los precios de reventa de los competidores;
- “f) amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones, retraso o suspensión de suministros o rescisión de los contratos en relación con el seguimiento de un determinado nivel de precios”.

<sup>62</sup> Sobre este Reglamento, véase I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos de distribución en Europa a través de las normas de Derecho de la competencia europeo. Las novedades aportadas por el Reglamento (UE) 2022/720 de exención de acuerdos verticales”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 15, nº 1 (marzo de 2023), pp. 24 y ss.

73. Las Directrices recuerdan la admisibilidad de los precios máximos y las recomendaciones que hace el Reglamento 2022/720, pero asimismo señalan que en combinación con incentivos o desincentivos pueden equivaler a una IPR; por ejemplo, cuando se reembolsan costes promocionales con la condición de que el comprador no se desvíe del precio recomendado o se amenaza con un corte del suministro en respuesta a una desviación del comprador (nº 188).

74. Respecto a los precios mínimos anunciados (PMA), aunque permiten al distribuidor vender a precios más bajos, las Directrices consideran que desincentivan al distribuidor para ello, ya que restringen su capacidad de informar a los clientes potenciales sobre los descuentos disponibles, de manera que se elimina un parámetro clave para la competencia en precio entre minoristas. Por esta razón los PMA se tratarán como un medio indirecto de aplicación de la IPR (nº 189).

75. Las Directrices se refieren, asimismo, a la utilización en el *comercio electrónico* de programas de control de precios. Pero lejos de condenar esta práctica consideran que estos programas incrementan la transparencia de los precios en el mercado, y permiten que los fabricantes hagan un seguimiento eficaz de los precios de reventa, a la vez que los minoristas pueden seguir los precios de sus competidores. Debido a ello las Directrices consideran que el seguimiento y la notificación de los precios no constituyen en este caso una IPR (nº 191).

76. Llama la atención que, en este punto, máxime con la experiencia previa de las ya mencionadas decisiones en los asuntos AT.40465 *Asus*, AT.40469 *Denon & Marantz*, AT.40181 *Philips* y AT.40182 *Pioneer*, no se haya considerado de manera específica la utilización de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial para la imposición de precios de reventa. En todo caso, la utilización de estas tecnologías, particularmente apropiadas para coordinar precios cuando se actúa en el marco de la contratación electrónica, merece el mismo juicio que los procedimientos tradicionales cuando se han predispuerto con esta finalidad<sup>63</sup>.

77. Las Directrices se refieren también al “contrato de cumplimiento”, que es cuando “el proveedor celebra un acuerdo vertical con un comprador con el fin de ejecutar (cumplir) un acuerdo de suministro suscrito previamente entre el proveedor y un cliente específico”. En estos casos, si el proveedor selecciona la empresa que prestará los servicios de logística, la imposición de un precio de reventa por parte del proveedor no es una IPR. Como ejemplo se señala cuando los clientes “compran los bienes a una empresa que opera en la economía de las plataformas en línea, la cual está gestionada por un grupo de minoristas independientes con una marca común y dicha empresa determina el precio de la venta de los bienes y remite los pedidos a los minoristas para su ejecución”, situación que sería distinta cuando el cliente selecciona a la empresa de logística, en cuyo caso la imposición de un precio de reventa puede (ser) una IPR (nº 192).

78. Las Directrices señalan que, las limitaciones que establece el Reglamento sobre la imposición de precios de reventa, son plenamente aplicables a la *economía de las plataformas digitales*. En este sentido, afirman que las empresas que prestan servicios de intermediación tienen la condición de proveedores respecto a dichos servicios. No obstante, se considera que esto no impide que puedan incentivar a los usuarios de los servicios a vender sus bienes o servicios a un precio competitivo o a reducir sus precios, pero sin imponer un precio de venta fijo o mínimo (nº 194)<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> En relación con la valoración anticompetitiva que merece la utilización de algoritmos para fijar precios, aunque considerando principalmente la situación en los acuerdos horizontales, véase el interesante trabajo de A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, “Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios”, en *Actas de Derecho Industrial*, tomo 38 (2017-2018), pp. 77 y ss. Tiene también interés el documento de la OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017 ([www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm](http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm)).

<sup>64</sup> Otra perturbación que se puede producir en los precios en la distribución comercial, son las llamadas *cláusulas de paridad de precios*, en las que el proveedor garantiza al distribuidor el mejor precio por su bien o servicio, de manera que ningún otro distribuidor podrá adquirirlo a un precio más bajo. Se han hecho frecuentes en relación con las plataformas de interme-

**79.** Como ya se adelantó, las Directrices consideran que las modalidades de precios máximos y recomendados, pese a su autorización por el Reglamento 2022/720, cuando las efectúa un proveedor con poder de mercado, pueden producir efectos anticompetitivos apreciables. En este caso, será necesario evaluar si se cumplen las condiciones de la excepción prevista en el artículo 101, apartado 3, del Tratado (núms. 200 y 201).

## 2. La sentencia *Super Bock*

**80.** El último hito, por el momento, de la imposición de precios de reventa en la UE está constituido por la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2023, en el asunto C-211/22 *Super Bock*, donde, aunque con menor claridad que el Tribunal Supremo norteamericano cuando descartó en la sentencia *Leegin* la aplicación a la imposición de precios de reventa de la *per se rule*, parece decantarse por considerar que esta restricción no tiene siempre que ser considerada como una *restricción por objeto*, categoría que, como ya se ha dicho, en la praxis de la Comisión se considera en ciertas medida equivalente a aquella<sup>65</sup>. Veamos.

**81.** El tema llegó al Tribunal de Justicia como una cuestión prejudicial planteada en un litigio entre la cervecera *Super Bock* y la Autoridad de la Competencia portuguesa. Según el órgano jurisdiccional remitente, se considera acreditado que, al menos durante el período comprendido entre el 15 de mayo de 2006 y el 23 de enero de 2017, *Super Bock* “impuso de manera regular, generalizada y sin modificación alguna a todos los distribuidores las condiciones comerciales que debían respetar al revender los productos que les vendía” y “fijó precios mínimos de reventa con el fin de garantizar el mantenimiento de un nivel de precios mínimo estable y alineado en el conjunto del mercado nacional”. Esos precios además eran aplicados por los distribuidores, que estaban obligados a comunicar los datos de importes y cantidades relativos a la reventa, quienes en caso de no respetarlos estaban sometidos a represalias, como la supresión de descuentos, así como del suministro. La Autoridad de la Competencia portuguesa consideró que esta era una práctica prohibida e impuso las correspondientes multas. El Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, confirmó la resolución de la Autoridad de Competencia, y recurrida esa resolución por los afectados, se elevó una cuestión prejudicial por la Audiencia de Lisboa, en la que se pidió aclaración al Tribunal de Justicia sobre diversos aspectos y, por lo que aquí más interesa, acerca de si “[l]a fijación vertical de precios mínimos constituye por sí sola una infracción por el objeto, que no exige un análisis previo del grado suficiente de nocividad del acuerdo”.

**82.** Respondiendo a esta cuestión el Tribunal de Justicia considera que para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 101 del Tratado de funcionamiento de la UE, un acuerdo debe tener “por objeto o efecto” impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, y que según reiterada jurisprudencia a partir de la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65), “el carácter alternativo de esa condición, como indica la conjunción ‘o’, hace necesario considerar en primer lugar el objeto mismo del acuerdo”. Lo que le lleva a concluir que “no es necesario examinar los efectos de un acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella” (nº 31).

**83.** No obstante, también estima el Tribunal que el “concepto de ‘restricción de la competencia por el objeto’ debe interpretarse de manera restrictiva” (nº 32), y que “el criterio jurídico esencial para

---

diación electrónica, por ejemplo, en el sector hotelero. En general sobre la problemática antitrust de estas cláusulas, véase A. ZURIMENDI ISLA, *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la competencia*, Aranzadi, Cizur Galar 2021, p. 197 y ss. e I. ANTÓN JUÁREZ, “Los contratos...”, cit., pp. 53 y ss., quien además se ocupa de su tratamiento en el Reglamento 2022/720 y en las Directrices. A este respecto, el Reglamento solo las excluye en su artículo 5.1, d) cuando impliquen “cualquier obligación, directa o indirecta, que impida al comprador de servicios de intermediación en línea ofrecer, vender o revender bienes o servicios a los usuarios finales en condiciones más favorables mediante servicios competidores de intermediación en línea”.

<sup>65</sup> Sobre esta sentencia véase el comentario de L. GONZÁLEZ PACHÓN, “La restricción de la competencia por el objeto y los acuerdos verticales de fijación de precios: el caso ‘Super Bock’”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* nº 33 (2023).

determinar si un acuerdo, sea horizontal o vertical, conlleva una ‘restricción de la competencia por el objeto’ consiste (...) en la comprobación de que dicho acuerdo tenga, en sí mismo, un grado de nocividad suficiente para la competencia” (nº 34).

**84.** En este orden de consideraciones, estimará que “[p]ara determinar si ese criterio se cumple, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe” (nº 35). Además, se añade, que “cuando las partes del acuerdo invoquen efectos favorables a la competencia vinculados al acuerdo, deben ser tenidos en cuenta como elementos del contexto de ese acuerdo (...) [y siempre] que tales efectos queden probados, sean pertinentes, inherentes al acuerdo en cuestión y suficientemente importantes, podrían permitir albergar dudas razonables sobre el carácter suficientemente nocivo para la competencia del acuerdo” (nº 36).

**85.** Todo lo cual lleva al Tribunal de Justicia a concluir, que “para apreciar si un acuerdo vertical de fijación de precios mínimos de reventa conlleva una ‘restricción de la competencia por el objeto’, en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si dicho acuerdo presenta un grado suficiente de nocividad para la competencia, a la luz de los criterios [expuestos]” (nº 37).

**86.** Cómo fácilmente se ve, el Tribunal de Justicia no desecha que la imposición de precios de reventa, que estaba en la base del pleito originario, sea una *restricción por objeto*, como se ha venido manteniendo por la Comisión, según se dijo y a la que no cita a este respecto, pues admite esa posibilidad, sino que señala que, en atención a las circunstancias, pudiera no serlo. Pero esta última apreciación lleva en la práctica, en mi opinión, a la necesidad de valorar los efectos económicos anticompetitivos y sus justificaciones, lo que la alejaría del contorno con el que, al menos en la doctrina de la Comisión, se han contemplado las restricciones por objeto, acercándola a la posición que mantuvo el Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Leegin*, extrayendo a la imposición de precios de reventa, aunque de forma más decidida, del contorno de la *per se rule*, y llevándola a la *rule of reason*.

**87.** Con todo, como se acaba de indicar, las *Directrices sobre restricciones verticales*, aun manteniendo en principio la caracterización de restricciones por objeto para la imposición de precios de reventa, descartan que ello equivalga a una prohibición *per se*, y señalan que las empresas pueden alegar excepciones de eficiencia conforme al artículo 101.3 del Tratado, lo que asimismo supone la introducción de una valoración de efectos pro y anticompetitivos.

**88.** En cualquier caso, y prescindiendo de cuestiones terminológicas, el Tribunal de Justicia estima a fin de cuentas que, en la valoración concurrencial de la imposición de precios de reventa, hay que considerar tanto los aspectos anticompetitivos como los procompetitivos o justificaciones, lo que es adecuado debido a los efectos económicos ambivalentes de estas prácticas, que no cabe condenar sin más. Otra cosa es que haya que analizar la cuestión, como se ha propuesto en los propios Estados Unidos después de *Leegin*, con una cierta desconfianza plenamente justificada por la lesión *prima facie* que se produce en relación con el incremento de precios a los consumidores, y que, con carácter general, como ya hemos mantenido, las justificaciones tengan menos peso que los efectos anticompetitivos, por lo que será difícil en la práctica que una imposición de precios de reventa fijos o mínimos reúna las condiciones requeridas para su autorización.

**89.** Por último, la sentencia tiene también interés en relación con el concepto de acuerdo vertical de fijación de precios, al considerar que existe un acuerdo, con arreglo a al artículo 101, “cuando un proveedor impone a sus distribuidores precios mínimos de reventa de los productos que comercializa, en la medida en que la imposición de esos precios por el proveedor y su respeto por los distribuidores reflejen la voluntad concordante de esas partes. Esta voluntad concordante –continúa la sentencia– puede resultar tanto de las cláusulas del contrato de distribución de que se trate, cuando contenga una invitación expresa a respetar precios mínimos de reventa o, al menos, autorice al proveedor a imponer tales precios,

como del comportamiento de las partes y, en particular, de la eventual existencia de un consentimiento, expreso o tácito, de los distribuidores a una invitación de respetar precios mínimos de reventa”. Pronunciamiento que, como se señaló anteriormente, pone en cuestión la excepción que se ha venido haciendo en los reglamentos de exención por categorías, incluido el último 2022/720, a las *recomendaciones de precios*, porque es obvio que si se recomiendan precios es una invitación a que se respeten.