

C/M/S/ Albiñana & Suárez de Lezo

Octubre 2009

COMENTARIOS AL ESTUDIO DEL TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SOBRE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

SUMARIO

- Introducción
- La definición de mercados en la distribución comercial
- La posición dominante colectiva
- Consecuencias para la competencia
- Remedios
- Algunas observaciones a modo de conclusión

CMS ALBIÑANA & SUÁREZ DE LEZO

www.cms-asl.com

GÉNOVA 27, 28004 MADRID, TEL. 91 451 9300 FAX. 91 399 0632

AVDA. DE LA CONSTITUCIÓN 21, 41004 SEVILLA, TEL. 954 286 102 FAX 954 278 319

MARINA BANÚS, BLOQUE 4, 15-16, 29660, PUERTO BANÚS, MARBELLA, MÁLAGA, TEL. 952 907 320 FAX 952 907 319

COMENTARIOS AL ESTUDIO DEL TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SOBRE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

INTRODUCCIÓN

El pasado abril, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia ("TVDC") publicó un extenso estudio sobre la situación actual de la competencia en el sector de la distribución minorista (el "Estudio").

El título del Estudio, "La distribución de bienes de consumo diario: competencia, oligopolio y colusión tácita", anticipa sus conclusiones: las condiciones de competencia en el ámbito de la distribución minorista son ciertamente mejorables.

Aunque idéntica conclusión había alcanzado ya en 2003 el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ("TDC") en su "Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la Distribución Comercial", entonces, las causas de la ausencia de suficiente competencia en el sector se achacaron fundamentalmente a las barreras a la entrada derivadas de las limitaciones legales a la apertura de grandes establecimientos. Cuestión esta sobre la que, por cierto, ha vuelto a pronunciarse la Comisión Nacional de la Competencia ("CNC") en su "Informe sobre la Reforma de la Ley del Comercio Minorista" (IPN 09/2009), de mayo de 2009, en el que se propone la supresión de la llamada licencia comercial específica para el establecimiento de grandes superficies.

El Estudio vasco, sin negar importancia a estas barreras legales, cambia no obstante el enfoque e introduce una serie de novedades. La principal causa de la ausencia de un nivel de competencia aceptable en el sector es, dice el Estudio, la existencia de un oligopolio estrecho ("posición de dominio colectiva" en la terminología de defensa de la competencia) en el mercado de aprovisionamiento de bienes de consumo integrado por Carrefour, Mercadona y Eroski. Estas empresas, en su opinión, adoptan comportamientos paralelos (en precios, en condiciones comerciales impuestas a los proveedores y en materia de marca blanca) que restringen seriamente la competencia, lo que se traduce en un aumento de los precios y en una reduc-

ción de la variedad en el sector. Los perjudicados son, por tanto, todos los actores del sector, a excepción de los oligopolistas, es decir: los fabricantes (a los que se les imponen condiciones que pueden ser abusivas); a los otros distribuidores (que pueden verse expulsados del mercado) y los consumidores (que pagan más y tienen menor variedad).

Como corolario de lo anterior, el Estudio propone una serie de medidas encaminadas a paliar los problemas anteriormente apuntados. Además de la ya mencionada supresión de las restricciones legales en materia de apertura (también de precios), se avanza otras como imponer desinversiones en los casos de monopolios locales de distribución, fomentar las ventas por Internet o sancionar las conductas anticompetitivas no sólo de las empresas sino también de las administraciones en materia de suelo. Por lo que se refiere específicamente al mercado de aprovisionamiento, se propone la supresión de las condiciones comerciales abusivas impuestas por la gran distribución. También, y esto es quizá lo más innovador en materia de remedios, se proponen medidas específicamente destinadas garantizar la igualdad de oportunidades entre la marca del fabricante y la marca blanca.

Como se comprenderá, el Estudio no ha dejado indiferente al sector. Algunas asociaciones de la gran distribución lo han calificado de "ejercicio teórico" y de parcial. Por el contrario, los fabricantes han aplaudido el Estudio, subrayando sobre todo las condiciones abusivas que, en materia de plazos, estaría imponiendo los distribuidores oligopolistas¹.

Nosotros proponemos, a continuación, una revisión de las cuestiones que plantea la distribución comercial a través del Estudio, cuyo orden de exposición seguimos.

¹ Declaraciones del Presidente de la FIAB recogidas en Cinco Días, el 25 de abril de 2009.

LA DEFINICIÓN DE MERCADOS EN LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

La primera de las cuestiones de fondo abordadas por el Estudio es la definición de mercado, tanto desde el punto de vista del producto, como geográfico.

Se parte de la distinción, en función del nivel de la cadena de distribución en el que nos encontramos, de dos grandes mercados: el mercado (descendente) de distribución, en el que los minoristas actúan como proveedores con respecto a los consumidores finales y el mercado (ascendente) de suministro (aprovisionamiento o abastecimiento), en el que los minoristas actúan como compradores con respecto a los fabricantes de productos del surtido del comercio de alimentación al por menor. Ambos mercados son interdependientes el uno del otro.

Mercado de distribución minorista

La práctica decisonal de la Comisión Europea define un mercado de distribución al por menor de productos alimentarios y artículos de hogar de consumo corriente en régimen de autoservicio². Otros formatos de distribución minorista (tiendas de proximidad, establecimientos especializados, cash & carry...) quedan, por lo tanto.

Esta definición no excluye, de acuerdo con dichos precedentes, la posibilidad de delimitar mercados más estrechos en función de sus características específicas, fundamentalmente, de su tamaño (la existencia de un mercado de distribución minorista de bienes de consumo diario en grandes superficies, que incluiría grandes supermercados e hipermercados frente al resto³) o su política de precios (distinguiendo un submercado de distribución en establecimientos de descuento, denominados "hard discount"⁴).

² Dos de los precedentes comunitarios más relevantes en cuanto a la definición de mercado son las decisiones de 20.11.1996, asunto IV/M.784 Kesko/Tuko y de 25.01.2000 de reenvío parcial a España del asunto M.1684 Carrefour/Promodès). Las decisiones más recientes en la materia no han aportado mayor novedad a la definición propuesta en aquella (v. Decisiones de 16.6.2008, asunto COMP/M.5176 - CVC / Schuitema; de 25.4.2007, asunto COMP/M. 4590 Rewe/Delvita; y de 22 de diciembre de 2005 COMP/M.3905 Tesco/Carrefour, entre otras).

³ La cuestión ya se apuntaba, aunque no de manera absolutamente concluyente, en el Informe del TDC sobre la concentración económica C52/00 Carrefour/Promodès. No obstante, los posteriores precedentes parecen, como se verá, optar por la definición amplia de mercado.

⁴ La Comisión ha dejado la cuestión abierta. Aunque admite que los establecimientos de descuento pueden diferenciarse de los hipermercados y supermercados por su más limitada gama de productos, también observa que, en el mercado checo, la política de precios de hipermercados y establecimientos de

Aunque la Comisión ha dejado abierta la cuestión, el Estudio opta expresamente por estas delimitaciones más estrechas de mercado. Dice, por un lado, que "debe concluirse que en España existe un submercado de bienes de consumo diario en grandes superficies", aunque reconoce que existen problemas para delimitar el límite inferior de dicho mercado (que podría situarse en los 1000 m²)⁵. También considera que existen motivos para diferenciar las tiendas de descuento de las demás grandes superficies (según la definición anterior)⁶.

Lo más interesante en este punto es que la CNC ha tenido la ocasión de pronunciarse recientemente sobre esta propuesta de definición de mercado con ocasión de las compras recíprocas de supermercados entre Eroski y Sabeco⁷. Y lo ha hecho, rechazando (expresamente) la propuesta del TVDC para optar por una **definición amplia** del mercado de distribución minorista de productos de consumo diario en formato de libre servicio, que englobaría:

"... todas aquellas superficies de venta en las que es posible el suministro de todo tipo de bienes de consumo diario, alimentario y no alimentario, sin la intermediación de una persona encargada de servir a los clientes. En concreto, forman parte de este mercado los servicios de proximidad (autoservicios con superficies de venta inferiores a 400 m²), medianas superficies (supermercados con superficies de venta entre 400 m² y 2.500 m²), grandes superficies (hipermercados con una superficie de venta minorista superior a 2.500 m²) y tiendas de descuento"

En cuanto a la dimensión geográfica, el mercado de distribución minorista tiene una **dimensión local**. Los precedentes han considerado que las zonas de influencia de las grandes superficies comerciales se delimitan geográficamente por un radio de aproximadamente 20 minutos de transporte en coche. Sin embargo, el TVDC indica que en la actualidad parece adecuada una reducción de estos radios a una isócrona de unos 15 minutos.

En todo caso, cabe recordar que la definición exacta del ámbito local del mercado debe realizarse caso por caso, dado que deben tenerse en cuenta tanto el tipo de superficie de venta a considerar como las características de su entorno (es probable que estemos dispuestos a despla-

descuento eran más similares que la de los supermercados. (v. asunto COMP/M. 3905 Tesco/Carrefour, antes citado).

⁵ P. 38 del Estudio

⁶ P. 39 del Estudio.

⁷ Informes y Propuestas de Resolución en los Exptes. C-0172/09, Sabeco/Eroski (Activos) y C-0171/09, Eroski/Sabeco (Activos), esta última relativa precisamente a un mercado dentro de la Comunidad Autónoma vasca. Concentraciones aprobadas por sendas Resoluciones del Consejo de 2.9.2009.

zarnos más lejos para acudir a una gran superficie que para hacerlo a un supermercado; también se sabe que en el ámbito rural se asumen desplazamientos mayores).

Por otro lado, no hay que olvidar que las grandes empresas interactúan entre sí en un ámbito más amplio que excede el local (por ejemplo, en determinados aspectos de política comercial), por lo que la estructura del mercado minorista nacional y regional tiene una especial incidencia sobre las condiciones de competencia locales y viceversa.

Mercado de aprovisionamiento de bienes

Los precedentes comunitarios y nacionales han delimitado el mercado de aprovisionamiento de bienes de consumo diario por categorías de productos (sin perjuicio de que a efectos prácticos sea suficiente con realizar un análisis conjunto), así como según el canal de ventas, definiendo así un mercado de aprovisionamiento al comercio al por menor (distinto del aprovisionamiento para otros canales de ventas como tiendas especializadas, cash & carry, droguerías o exportación)⁸.

En cuanto a la dimensión geográfica de este mercado, los precedentes comunitarios y españoles lo definen como de dimensión nacional, en la medida en que las cadenas de distribución suelen negociar con los fabricantes de manera conjunta para todos sus establecimientos.

▀ LA POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA

Cuestiones previas

Lo siguiente que hace el Estudio es calificar los mercados como **oligopolios estrechos colusivos**, esto es, mercados en los que las empresas pueden adoptar comportamientos paralelos sin necesidad de ningún tipo de acuerdo o concertación entre ellos.

La calificación es relevante porque permite hablar de una **posición de dominio colectiva** por los miembros del oligopolio, de manera que los comportamientos que puedan entenderse abusivos llevados a cabo por los miembros del oligopolio serían sancionables conforme al artículo 82

⁸ La postura de la CNC en los Exptes. C-0172/09, Sabeco/Eroski (Activos) y C-0171/09, Eroski/Sabeco (Activos), antes citados, es coherente con los precedentes nacionales y comunitarios recogidos en el Estudio. Siendo más precisos, los Informes relativos a dichos expedientes recogen la posibilidad de una definición por categorías de productos, aunque parecen descartarla basándose en la existencia de cierta sustituibilidad por el lado de la oferta. Por el contrario, los Informes no hacen referencia a una posible diferenciación del mercado de aprovisionamiento por canal de ventas.

TCE (también 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante, "LDC").

La cuestión no es ni mucho menos trivial. La determinación de la existencia de una posición de dominio colectiva de las empresas que operan el mercado de la distribución de bienes de consumo diario permite "castigar" conductas que, en ausencia de concertación o de posición de dominio, serían lícitas.

Podemos avanzar que el TVDC concluye que las tres empresas líderes en el mercado nacional (y en la mayoría de los mercados regionales), es decir, Carrefour, Mercadona y Eroski, efectivamente, *"reunen las ventajas competitivas que la Comisión y el TDC (ahora CNC) han asociado a la existencia de una posición de dominio individual o colectiva"* y que *"las características colusivas del mercado han facilitado un paralelismo de precios entre las empresas de distribución minorista en diferentes mercados locales que desemboca en precios no competitivos que perjudican al consumidor"*.⁹

La conclusión está abierta al debate.

En primer lugar, porque la determinación de la posición de dominio puede venir dada por una definición de mercado que, como apuntábamos antes, puede resultar demasiado estrecha, incluso para las autoridades nacionales de competencia. En términos generales, resulta difícil asumir que las grandes superficies no sufren ningún tipo de presión competitiva por parte de otros establecimientos de autoservicio hasta el punto de que, como ha dicho la CNC, deban formar parte del mismo mercado (o, cuanto menos, tenerse en cuenta a los efectos de determinar si estos podrían reaccionar frente al supuesto oligopolio).

En segundo lugar, porque la razón principal que parece llevar al Estudio a concluir que existe una dominancia colectiva es la existencia de comportamientos paralelos en precios y otras condiciones comerciales que no encuentran explicación en la concertación entre competidores.

Pues bien, se echa en falta al respecto, un análisis de si realmente existe esta **homogeneidad en los comportamientos** (los precios parecen variar de unos a otros establecimientos; las diferencias de precios entre regiones pueden ser sustanciales).

Y, en todo caso, la acreditación de la posición de dominio requiere más que la observancia de comportamientos paralelos en el mercado. Esta homogeneidad de comportamientos puede, efectivamente, venir dada por razones distintas a la concertación o a la existencia de posición de dominio colectiva. Cabe recordar que en un mercado en competencia perfecta las condiciones comerciales son homogéneas. Lo cierto es que se echa de menos en el Estudio un tratamiento específico de si las supuestas si-

⁹ P. 79.

militudes en las condiciones comerciales aplicadas por las grandes superficies pudieran responder a conductas de líder- seguidor (aunque no hay un líder nacional, no cabe descartar que existan líderes en cada uno de los mercados y que esto provoque la homogeneización de las conductas).

En definitiva, para que pueda hablarse de posición de dominio colectiva no basta con que las empresas en un oligopolio se comporten de manera similar. Deben reunirse unas **condiciones adicionales** que hagan posible la colusión tácita. Aunque es cierto que el Estudio también hace un análisis de estos requisitos, en cierta medida, dicho análisis parecen venir ya predeterminado por la conclusión anticipada de que existe una posición de dominio colectiva.

Requisitos para la posición de dominio colectiva

Como decíamos, la determinación de la existencia de una posición de dominio colectiva requiere, conforme a la jurisprudencia Airtours¹⁰, que se acredite que se reúnen los siguientes requisitos:

- (i) Condiciones para la concertación
- (ii) Transparencia y homogeneidad de los productos ofrecidos.
- (iii) Capacidad de disuasión.
- (iv) Ausencia de reacción competitiva.

Condiciones para la concertación

En el análisis de distintas operaciones de concentración, tanto el TDC como la CNC han utilizado diversas fuentes

¹⁰ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, asunto T-193/02, Airtours c. Comisión, donde puede leerse que *puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE (véase, en este sentido, la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, apartado 277), y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, ni los clientes, ni tampoco los consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo*. Criterios desarrollados en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03).

de información para calcular las cuotas de mercado de la distribución minorista que le permiten alcanzar varias conclusiones generales: la progresiva concentración del mercado, el liderazgo de Carrefour, Mercadona y Eroski, tanto a nivel nacional como en una mayoría de CC.AA. y mercados locales, que es aún más acentuado en el submercado de la distribución minorista en grandes superficies, dadas las mayores barreras de entrada (legales y económicas) presentes, que el Estudio analiza más adelante.

Al mismo tiempo, las autoridades de competencia han puesto de manifiesto que el aumento de la concentración en el mercado de la distribución minorista ha traído consigo un aumento de la concentración en el mercado de aprovisionamiento. Además, la existencia de centrales de compra horizontales (como, por ejemplo, IFA y Euromadi) aumenta aun más la concentración respecto del mercado de la distribución minorista.

Esto acarrea, dice el Estudio, una dependencia de los proveedores respecto de las empresas de distribución que, en algunos casos, se aproxima al denominado por la Comisión "umbral de viabilidad" (20% de las ventas de un proveedor), por encima del cual no resulta económicamente posible para un proveedor sustituir a un distribuidor. Esta dependencia puede nacer en ocasiones a partir de umbrales inferiores (5-10% de las ventas)¹¹. No contempla el Estudio, por el contrario, la posibilidad de que determinados proveedores –aquellos con productos "must stock"- puedan hacer frente al poder de demanda de los establecimientos.

Por otro lado, el Estudio tampoco analiza otros elementos esenciales que tradicionalmente se tienen en cuenta a la hora de determinar si, en un determinado mercado, se dan las condiciones para la concertación como es, por ejemplo, la cuestión de la simetría de los miembros del oligopolio, que tradicionalmente se considera necesaria para que existan incentivos para la colusión.

Homogeneidad y transparencia

Estos dos requisitos responden a la idea de que sólo con cierto grado de transparencia en el mercado es posible el seguimiento del comportamiento de los miembros del oligopolio (de manera que pueden adoptar comportamientos

¹¹ Nótese que la nueva LDC ha hecho desaparecer el abuso de situación de dependencia económica (artículo 6.2. de la *antigua* Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia). Probablemente, porque dichos casos pueden analizarse bajo la figura general del abuso de posición dominante. También conviene recordar que, bajo la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, se reputa desleal abusar de la situación de dependencia económica respecto de empresas, clientes o proveedores que no cuenten con alternativa en el mercado.

paralelos sin necesidad de concertación y castigar a los que se separen de dichos comportamientos).

Pues bien, en opinión del Estudio, tanto la transparencia en precios como la homogeneidad de los productos ofrecidos son **la regla general en el mercado de la distribución en grandes superficies**, que también tiene su fiel reflejo en el mercado de aprovisionamiento.

Todas las grandes superficies, argumenta el Estudio, ofrecen la posibilidad de realizar su compra regular de bienes de consumo en un mismo entorno comercial. En particular, todas las empresas de la gran distribución ofrecen los mismos productos de las marcas líderes. Si bien la marca del propio distribuidor ha ido adquiriendo cada vez más importancia, hay que tener en cuenta que los consumidores pueden comparar y sustituir fácilmente estos productos de marca de distribuidor por otros productos equivalentes de marca blanca rival o de fabricante, dada la equivalencia en formato, contenido y calidad. En definitiva, la transparencia de precios es, para el Estudio, una característica indiscutida de la distribución minorista en grandes superficies, puesto que se tratan de establecimientos abiertos al público

En realidad, las **características generales** del mercado podrían llevar a una **conclusión contraria** a la del Estudio. Efectivamente, para un mismo producto, el fabricante puede contar con múltiples referencias (marcas, líneas, formatos...). De hecho, no es infrecuente que los formatos o líneas se adapten específicamente para un distribuidor en concreto. Por ejemplo, Mercadona puede solicitar formatos-ahorro más grandes a los fabricantes. A lo anterior, se suma el hecho de que los precios varían con mucha frecuencia. En estas circunstancias, las características de homogeneidad y transparencia son discutibles.

Precisamente porque no basta la mera observancia del mercado, los distribuidores deben establecer mecanismos de seguimiento de los competidores sofisticados. Y parece que el TVDC –también la Comisión Europea– optan por entender que la transparencia en el mercado puede venir dada no por las características estructurales del mercado sino precisamente por los mecanismos artificialmente establecidos por los competidores para introducirla¹². Estos mecanismos de seguimiento de precios son los siguientes:

Por un lado, las empresas dedican cantidades importantes de **recursos al seguimiento actualizado de los precios** por sus competidores usando, por ejemplo, a los propios consumidores, a través de las campañas de “precio más bajo”. Además, existen mecanismos de seguimiento y comparación de precios desarrollados por aso-

ciaciones de consumidores y el propio Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Por otro, la **permanente interacción con los proveedores** permite a los distribuidores estar informados sobre los precios aplicados por sus competidores. El Estudio, de hecho, va un paso más allá apuntando la posibilidad de que el proveedor tenga interés en mantener un nivel elevado de precios minoristas en todos sus distribuidores, incrementando los precios de compra y canalizando las quejas de los distribuidores frente a aquellos que reduzcan los precios minoristas en exceso. Decimos que va un paso más allá porque, en este caso, lo que se plantea es la posibilidad de que existan infracciones graves del derecho de la competencia: el proveedor estaría, de acutar así, fijando precios de reventa y los distribuidores estarían concertándose en precios, con la intermediación del proveedor, lo que permitiría la aplicación del artículo 1 LDC (y, en su caso, 81 TCE).

Capacidad de represalia

Tanto la teoría económica como la jurisprudencia comunitaria requieren que las empresas oligopolistas dispongan de herramientas suficientes para disuadir a otros miembros del oligopolio de adoptar conductas competitivas, garantizando así la concertación tácita.

La transparencia en un mercado, como decíamos, permite un seguimiento en tiempo real de los precios de los competidores, haciendo posible de esta forma represalias inmediatas. Esto no impide la aparición de episodios esporádicos de competencia, materializados en guerras de precios. Sin embargo, estos episodios generan inmediatamente un alineamiento generalizado de precios a la baja que estabiliza las cuotas de mercado de las empresas, de forma que la colusión tácita y la adopción de precios supracompetitivos vuelvan a imponerse como la estrategia racional para todos ellos.

En opinión del Estudio, las campañas de precios más bajos, cuando son llevadas a cabo por el líder del mercado, además de la función de seguimiento de precios señalada anteriormente, ayudan a disciplinar el mercado y a disuadir a los competidores de iniciar guerras de precios.

En cuanto al **mercado de aprovisionamiento**, si un distribuidor reduce los precios de venta por debajo de los precios de compra del resto de distribuidores, el traslado de esta reducción a los precios minoristas encenderá una alarma automática en sus competidores que procederán a exigir al proveedor los mismos precios ventajosos que los ofrecidos al “free rider” o exigir anular la ventaja competitiva ofrecida a éste. El efecto es, continúa el Estudio, que, en estos casos, la represalia no sólo la sufre el competidor, sino también el proveedor que debe financiar la guerra de precios entre los distribuidores. Por tanto, los proveedores serán los primeros interesados en uniformizar

¹² V. p. 98 del Estudio y Apartado 51 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, op.cit.

los precios ofrecidos a las grandes empresas de distribución en el nivel más elevado posible.

El ejercicio de la capacidad disuasoria será tanto mayor cuanto mayor sea el poder de compra de los distribuidores sobre los proveedores.

Ausencia de presión competitiva

La teoría económica ha señalado que la colusión tácita en un mercado oligopolista sólo es posible si no existe capacidad de reacción externa por parte de competidores que no sean miembros del oligopolio. En otros términos, sólo es posible la posición de dominio colectiva si existen barreras de entrada que dificulten la aparición de nuevos competidores atraídos por el nivel supracompetitivo de los precios, y si los consumidores/proveedores no disponen de fuerza suficiente para contrarrestar la colusión tácita.

Pues bien, entiende el Estudio que las enormes barreras legales (es decir, impuestas de forma voluntaria por el poder público) que restringen las actividades de comercio mayorista y comercio minorista de bienes de consumo diario, facilitan la posibilidad de las empresas establecidas de explotar las rentas monopolistas, con la consiguiente pérdida de eficiencia (menor cantidad ofrecida, a mayor precio y de peor calidad).

La crítica va en línea con, como anunciábamos al comienzo de este Comentario, con las recomendaciones del TDC/CNC de supresión de las enormes barreras legales que restringen la competencia en el sector (establecimiento de grandes superficies, horarios de apertura, etc.), recomendando su abolición, aunque sin obtener grandes resultados. Recomendaciones que, como es sabido, han tenido un seguimiento más bien modesto por parte de los poderes públicos.

Actualmente, en el marco de transposición de la Directiva de Servicios y la futura modificación de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), se plantea un nuevo escenario. En la mencionada Directiva, la regla general es la no sujeción a autorizaciones administrativas del acceso a una actividad de servicios, permitiéndose excepciones por razones de interés general, siempre que en tal caso el régimen de autorización sea proporcionado y no discriminatorio. Además, la Directiva prohíbe que dicha autorización este condicionada a una serie de criterios en particular como, por ejemplo, la aplicación de una prueba económica. Es necesario recordar que, en la actualidad, el artículo 6.2 LOCM supedita la concesión de la licencia autonómica de apertura (segunda licencia) a la ponderación de la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona.

Sin embargo, el Estudio recoge el riesgo, después de analizar las modificaciones en curso de la legislación comercial de varias Comunidades Autónomas, de que éstas

mantengan los regímenes de autorización basados en criterios de naturaleza urbanística o medioambiental, que si bien están permitidos por la Directiva de Servicios, amenazan con que el avance en la liberalización de la distribución comercial sea mínimo o nulo.

Hay que tener en cuenta que, pesar de la supresión de los criterios económicos, se mantienen importantes limitaciones al establecimiento de superficies comerciales basadas en los planteamientos urbanísticos autonómicos y locales. El TDC ya había constatado hace tiempo¹³ que **la competencia en el mercado del suelo está más restringida que en ningún otro sector de la economía**, lo que provoca la aparición de monopolios espaciales

El Estudio también dedica un apartado a las barreras económicas. Son fundamentalmente los recursos financieros y las economías de escala necesarias para poder implantar una red de grandes establecimientos comerciales, así como la viabilidad económica de los establecimientos individuales. Aunque estas barreras pueden estar derivadas de la mayor eficiencia de la distribución en grandes superficies, **a la larga implican una reducción de la competencia al impedir la implantación de nuevos establecimientos.**

Por último, también se describe el problema de la existencia de barreras estratégicas, esto es, las derivadas de la saturación artificial del mercado por las empresas ya establecidas con el fin de garantizarse rentas monopolísticas. En el mercado de grandes superficies, caracterizado por la escasez de suelo, las empresas adoptan estrategias unilaterales encaminadas a la **acumulación de terrenos o proliferación de establecimientos** con el propósito de erigir barreras de entrada y asegurarse precios supracompetitivos.

Estudios anteriores¹⁴ ya habían señalado que: *“en la medida en que el crecimiento interno se utilice para la creación de barreras de entrada, mediante la anticipación de demanda futura y la acotación del mercado, se producirá un sobredimensionamiento de la oferta minorista y, consecuentemente, se incrementará el coste total de la actividad con efectos negativos sobre la eficiencia del sistema de distribución”*. Si bien este tipo de estrategias puede darse en cualquier sector económico, hay que tener en cuenta que el de la distribución comercial es especialmente proclive a ello, dada la escasez del suelo disponible, por lo que las posibilidades de éxito son elevadas.

En definitiva, el Estudio admite que, **incluso en ausencia de la segunda licencia, seguirán existiendo importantes barreras de entrada**, por lo que corresponderá a las

¹³ “Remedios Políticos que pueden favorecer la Libre Competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios”. Tribunal de Defensa de la Competencia, 2003

¹⁴ Estudio Cruz Roche 1999

autoridades de competencia prevenir y evitar la saturación de algunos mercados locales.

En cuanto a la inelasticidad de la demanda, el Estudio se refiere en este punto a la **capacidad de reacción limitada que tienen los consumidores** frente a la distribución comercial y, en particular, frente a la gran distribución. Los bienes de consumo son una necesidad básica que debe satisfacerse regularmente y, por lo general, en un acto único de compra de aprovisionamiento, posibilidad que sólo las grandes superficies pueden ofrecer.

En conclusión, si bien la sustituibilidad entre algunas marcas de un producto puede ser significativa, la demanda agregada de alimentos es relativamente inelástica.

En el caso de los proveedores, si bien se benefician en una etapa inicial de la conducta colusiva en el oligopolio (obteniendo un precio de cesión mayor), se encuentran con la fuerte competencia originada por el auge de las marcas blancas, de tal manera que **el proveedor no tiene poder de mercado suficiente para rechazar las condiciones de comerciales exigidas** por el distribuidor y reconducirlas a precios de cesión más competitivos.

En este apartado no hay referencia alguna a la **competencia que pueden ejercer aquellas otras empresas que no son miembros del oligopolio**. En este sentido, como avanzábamos antes, parece discutible excluir que otros establecimientos en régimen de autoservicio no puedan ejercer algún tipo de presión competitiva, si no suficiente como para considerarse parte del mismo mercado de servicio, sí al menos como para tenerse en cuenta su posible reacción ante una concertación tácita por parte de los miembros del oligopolio. Es, en otras palabras, discutible que los grandes establecimientos puedan actuar con total independencia de los demás establecimientos en régimen de autoservicio.

▼ CONSECUENCIAS PARA LA COMPETENCIA

En el mercado minorista

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, el Estudio afirma que **el mercado de la distribución comercial minorista tiende fácilmente hacia conductas colusivas** (abuso de posición dominante colectiva). Las principales son:

- (i) **Paralelismo de precios**, con una marcada tendencia inflacionista
- (ii) **Precios supracompetitivos**
- (iii) **Márgenes elevados**, consecuencia no de la eficiencia de las empresas, sino del poder de mercado del oligopolio y de la ausencia de competencia suficiente en el mercado.

En el mercado mayorista

Es necesario tener en cuenta que ambos mercados, el de la distribución minorista y el de aprovisionamiento, están íntimamente relacionados, de forma que **la existencia de poder de mercado en uno de ellos tiende a trasladarse naturalmente al otro**.

En principio, el poder de compra es socialmente beneficioso cuando los menores precios mayoristas se reflejan en menores precios minoristas, siempre y cuando exista competencia efectiva en el mercado de la distribución minorista. Sin embargo, **si una empresa disfruta de un poder conjunto de compra y de venta puede producirse una asignación ineficiente de recursos** en detrimento del bienestar económico tanto de los proveedores como de los consumidores finales (lo que el Estudio califica de "efecto bola de nieve")¹⁵.

La estrategia oligopolista por excelencia en el mercado de aprovisionamiento parece ser, a decir del Estudio, la reducción de la competencia en la negociación de los precios con los proveedores, la generación de rentas cuasimonopolistas a través de la imposición de pagos y condiciones comerciales y, de manera gradual, la monopolización de los lineales por las marcas blancas de los distribuidores. Estos comportamientos tienen un doble efecto. Por un lado, la **reducción de la competencia en los precios de compra** (efectos colusivo) y, por otro lado, la **exclusión de competidores tanto en el mercado aguas arriba como en el mercado aguas abajo** (efecto exclusionario).

Precios supracompetitivos

El TVDC refleja el Estudio de Cruz Roche de 1999, en el que, entre otros aspectos, se señala el desplazamiento de la competencia de los precios a las condiciones comerciales.

Este escenario se habría acentuado dada la mayor concentración de este mercado, propiciando (1) unos precios de cesión supracompetitivos, porque los distribuidores no tienen suficientes incentivos para negociar descuentos sobre el precio de tarifa y sí en cambio para extraer toda clase de pagos por otros conceptos creados "artificialmente"; y (2) la posibilidad del oligopolio de la distribución de dominar colectivamente el mercado del fabricante mediante sus marcas blancas.

Con base en lo anterior, los proveedores y los distribuidores pueden alcanzar mediante colusión tácita precios supracompetitivos.

Pagos y condiciones comerciales anticompetitivos

En el Estudio se mantiene que **las ventajas económicas obtenidas por los distribuidores en los contratos de aprovisionamiento no estaban relacionadas con la eficiencia** (volumen de compras, ahorro de costes) sino

¹⁵ Estudio Dobson, 1999.

con el poder de compra, en la medida en que las ventajas obtenidas parecían exceder los límites de las relaciones comerciales equitativas y son susceptibles de constituir acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante.

La consecuencia es que el aumento de los pagos comerciales tiene efectos sobre la competencia y los consumidores. La financiación de estos pagos comerciales debe hacerse con cargo a los precios de cesión, con el beneplácito de la distribución, que puede repercutir estos mayores precios de cesión a los consumidores y al mismo tiempo favorecer indirectamente la posición competitiva de sus marcas blancas, restringiendo así la competencia en los dos mercados y disminuyendo el bienestar de los consumidores.

Además, el aumento de los pagos comerciales produce una reducción de la competencia al incrementar las barreras económicas de entrada. Si bien este efecto puede beneficiar en principio a los proveedores financieramente más fuertes, el papel preponderante de la marca blanca convierte la posibilidad de exclusión definitiva de los proveedores independientes en una amenaza real. El proveedor debe aumentar los pagos comerciales para ser competitivo frente a otros distribuidores, pero la necesidad de financiar esos pagos comerciales con precios de cesión mayores le hace perder competitividad frente a la marca blanca de la distribución hasta desaparecer.

El Estudio pone como ejemplo los pagos de referenciación como conducta con efectos anticompetitivos, en la medida en que los distribuidores han transformado sus lineales en una infraestructura esencial ("essential facility") para los proveedores y el acceso o no a la misma determina el éxito o fracaso de los proveedores: deben concentrar su esfuerzo financiero en garantizar la referenciación del producto, más que en mejorarlo o hacerlo más atractivo en precio para los consumidores.

Marcas blancas

En España, las marcas blancas han experimentado un crecimiento notable, y su auge puede tener efectos ambiguos sobre la competencia. Por un lado, la integración vertical del distribuidor puede generar mayor eficiencia, pero por otro lado, se sitúa al distribuidor en una posición privilegiada (juez y parte) frente al resto de los fabricantes, transformándose así en un agente doble que puede perjudicar a los productos del fabricante y beneficiar los suyos.

Desde una perspectiva de derecho de la competencia, un mercado monopolizado por marcas blancas que compiten entre ellas, es un escenario perfectamente legítimo en ausencia de un poder de mercado que facilite conductas anticompetitivas encaminadas a imponer dicho resultado. Igualmente, en un mercado competitivo, las empresas de la distribución que lo desean, tienen libertad para integrarse verticalmente y competir con los fabricantes, aunque ello implique desreferenciar los productos de un pro-

veedor para hacer sitio a los productos de su propia marca. Las eficiencias derivadas de una integración vertical aguas arriba de la distribución pueden compensar la desaparición de algunos proveedores de sus lineales y redundar en una mayor competencia en el mercado de fabricantes e, indirectamente, en el mercado minorista.

Sin embargo, no es admisible que el poder de mercado de la distribución (individual o colectivo) se utilice para imponer a los proveedores pagos comerciales no exigidos a los proveedores de la marca blanca o fijar una estrategia comercial y de precios poco competitiva en relación a los productos de marca del fabricante (incluyendo la desreferenciación) para favorecer su marca blanca.

► REMEDIOS

La novedad de este Estudio es que, además de exponer la problemática competitiva que afecta al mercado de distribución minorista de bienes de consumo, propone los remedios que el TVDC considera pertinentes para resolver los fallos de funcionamiento que dan lugar a conductas anticompetitivas que afectan a los consumidores.

Según el TVDC, la intervención de las autoridades de competencia debe guiarse por el principio de intervención mínima, que exige una proporcionalidad de los remedios elegidos. Por ello, debe priorizarse la supresión de las restricciones legales, el control de las conductas abusivas o facilitadoras de la colusión tácita y sólo excepcionalmente abordar los casos de monopolización unilateral de mercados locales.

Por otra parte, en vista de la interrelación entre el mercado de aprovisionamiento y de la distribución, es necesario actuar sobre ambos mercados para evitar la dinámica anticompetitiva del "efecto bola de nieve".

Remedios en el mercado minorista

El Estudio propone los siguientes remedios:

- (i) suprimir las restricciones legales (barreras de entrada, normativa de venta a pérdida y normativa de horarios comerciales);
- (ii) prohibir las conductas anticompetitivas de las empresas y las administraciones en materia de suelo;
- (iii) prohibir las cláusulas de cliente más favorecido;
- (iv) prohibir las conductas que impidan nuevas formas de negocio independientes en Internet; y
- (v) realizar un análisis más exigente de las concentraciones en el sector de la distribución minorista.

Remedios en el mercado de aprovisionamiento

El Estudio presenta una lista no exhaustiva de conductas que pueden constituir un abuso de posición dominante individual o colectiva y/o un acuerdo anticompetitivo de las empresas de distribución en sus relaciones comerciales

con los proveedores de productos con marca del fabricante, los proveedores de marca blanca y los proveedores de productos agrícolas y de la pesca.

Entre las conductas señaladas, destacan:

- (i) **Aspectos relativos a la forma de los contratos**, tales como la no fijación por escrito y por adelantado de las condiciones contractuales y la modificación retroactiva de las condiciones comerciales, son un abuso de posición dominante.
- (ii) **En cuanto a los pagos comerciales**, los cánones de referenciación, pagos atípicos – regalos de boda, de aniversario, etc.-, por utilización o preferencia en los lineales, por ampliación del surtido de productos, por utilización o preferencia de cabeceiras de góndolas, por reposición de los productos en los lineales, por visitas del distribuidor, presentación de productos y envases, por descuentos globales o anticipados sin relación con las ventas, etc., son abusos de posición dominante y/o acuerdos anticompetitivos.
- (iii) **Conductas que afectan a la competencia de terceros**, como la transferencia al distribuidor de la información relativa a los suministros y precios aplicados a/por otros distribuidores, la influencia sobre un proveedor para que no suministre o aumente los precios aplicados a otro distribuidor con precios más bajos, la imposición al proveedor de la compra de bienes o servicios ofrecidos por un tercero (transporte, palets, envases, etc.), en particular, cuando el distribuidor ha recibido una compensación económica del tercero o la fijación de cláusulas de cliente más favorecido, son abusos de posición dominante y/o acuerdos anticompetitivos.
- (iv) **Conductas relativas al cese de relaciones comerciales**, como la amenaza de desreferenciación de un proveedor de forma extemporánea o inesperada (más allá del lógico proceso de negociación con varios proveedores y selección de la mejor oferta) o la sustitución de un proveedor por otro que no esté justificada económicamente, es un abuso de posición de dominio.
- (v) **En cuanto a la gestión de la categoría por el proveedor**, cuando un proveedor o un tercero lleguen a un acuerdo de gestión de la misma categoría con más de una empresa de la distribución, así como los pagos al distribuidor por gestión de categorías, etc., son abusos de posición dominante y/o acuerdos anticompetitivos.
- (vi) **En cuanto a las marcas blancas**, se establece que el distribuidor debe gestionar sus productos, de marca propia o ajena, con criterios predeterminados, objetivos y no discriminatorios, para no incurrir en un abuso de posición dominante. Los criterios económicos deben referirse directa o indirectamente

al bienestar de los consumidores (por ejemplo, precio de cesión y unidades vendidas). La negativa de referenciación o la desreferenciación de un proveedor, así como su sustitución por una marca blanca y la gestión de la categoría por parte del distribuidor (precios, publicidad, posicionamiento, etc.) debe seguir criterios predeterminados, objetivos y no discriminatorios. En particular, la fijación de márgenes superiores para los productos de marca de fabricante que para las marcas blancas sustitutivas, son un abuso de posición dominante. Asimismo, la utilización de información comercialmente sensible del proveedor (I+D, planes de lanzamiento, campañas de promoción) en beneficio de la marca blanca es un abuso de posición dominante. Por otra parte, La vinculación del suministro de productos de marca del fabricante al suministro de productos de marca blanca es un abuso de posición dominante.

En relación a las marcas blancas, el Estudio añade que los distribuidores pueden evitar incurrir en abusos estableciendo una separación interna (“muralla china”) entre el departamento que gestiona la marca blanca y el departamento que gestiona la categoría y la estrategia comercial de la empresa. Asimismo, puede asociarse a la gestión de la categoría un experto o auditor independiente, cuyo informe “pericial” debería evaluar el respeto de los principios de objetividad, no discriminación y competencia por parte del distribuidor

- (vii) **En cuanto a la información comercial suministrada a terceros**, el Estudio dispone que la transmisión por parte de los proveedores o los distribuidores a terceros (Nielsen, Alimarket, etc.) de información comercial sensible actualizada (volumen de ventas, precios) para su publicación es un acuerdo anticompetitivo del que también forma parte el tercero.

El TDVC concluye que, si bien la clarificación de la aplicación de la LDC a las conductas anteriormente mencionadas es un primer paso que ofrecerá seguridad jurídica tanto a los proveedores como a los distribuidores, la siguiente cuestión es verificar el respeto de la LDC por parte de las empresas.

► ALGUNAS OBSERVACIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

En general, es discutible que las características del mercado de distribución de productos de consumo diario en España permitan concluir que es probable la existencia de conductas paralelas por parte de los oligopolistas que les permitan extraer rentas monopolísticas de los consumidores. La competencia de los demás formatos de auto-servicio y la muy diferente posición de cada uno de los tres distribuidores indicados en el informe en cada zona geográfica (donde se enfrentan a competidores diferentes) permiten dudar que la homogeneidad de comporta-

mientos – de existir – se deba a conductas conscientemente paralelas y no a que lo normal, en cualquier mercado, es que asistamos a un elevado grado de homogeneidad en las prácticas comerciales como consecuencia de la imitación. Simplemente, las asimetrías en las empresas competidoras son demasiado evidentes para que la colusión tácita fuera sostenible y los fabricantes cuyas marcas son líderes y que disponen de canales de distribución alternativos constituyen un contrapoder suficiente para desbaratar conductas paralelas continuadas.

Por otra parte, la tendencia más llamativa en la competencia entre grandes superficies es, precisamente, la de la estrategia de diferenciación entre tiendas respecto de las de la competencia – ese es el objetivo último del desarrollo de programas de marcas propias por parte de los distribuidores – tanto de los competidores más próximos – las otras dos grandes cadenas de hipermercados – como de los no tan próximos – los otros formatos de autoservicio.

Algo menos discutible es que, en los mercados de aprovisionamiento, esto es, en la relación con los fabricantes, se ha producido un cambio en la relación de poder. Si en las décadas pasadas los fabricantes de marcas líderes tenían la sartén por el mango, la concentración en el sector de la distribución, las barreras de entrada a la apertura de nuevos establecimientos, el auge de las marcas del distribuidor y la creciente lealtad de los consumidores a las tiendas han inclinado la balanza hacia los distribuidores quienes, por otro lado, no necesitan de elevadas cuotas de mercado para disfrutar de poder de mercado en sus relaciones con los fabricantes. Pero dicho cambio en la posición relativa de las partes en estos mercados no tiene por qué significar – necesariamente – la obtención de rentas monopolísticas por los distribuidores a costa de los consumidores. Simplemente, se llevan una parte mayor del margen que se genera en toda la cadena de producción y distribución a costa de los fabricantes.

DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

Octubre 2009

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es un despacho de abogados con más de 70 años de historia, que ofrece a sus clientes un servicio global que armoniza el concepto tradicional de la práctica de la abogacía con los nuevos retos que plantea la sociedad actual. El Despacho basa su operativa de trabajo en una relación personal, directa y de confianza con el cliente, adaptándose a las necesidades propias de cada uno. CMS Albiñana & Suárez de Lezo es miembro de CMS.

CMS es una organización de despachos de abogados europeos independientes de reconocido prestigio. La alianza CMS ofrece a sus clientes asesoramiento legal y fiscal de calidad en transacciones nacionales e internacionales. Combina de manera perfectamente coordinada una gran experiencia a nivel local con presencia significativa en toda Europa. Incluye 9 despachos miembros, más de 2.240 abogados en 48 ciudades y 28 países. La organización CMS está asociada con The Levant Lawyers (con oficinas en Beirut, Abu Dhabi, Dubai y Kuwait).

Áreas de asesoramiento del Despacho

Bancario y Financiero	Laboral	Propiedad Industrial, Intelectual y Nuevas Tecnologías
Civil, Medioambiente y Urbanismo	Mercado de Valores	Público
Comunitario y Competencia	Mercantil, Fusiones y Adquisiciones	Sectores Regulados
Inmobiliario	Procesal	Tributario

Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta Newsletter, se pueden poner en contacto con la Responsable del Departamento de Documentación del Despacho **Ana Gimeno** o con cualquiera de las personas señaladas al número de teléfono (34) 91 451 93 00 o fax (34) 91 399 30 70.

Jesús Alfaro
Diego Gutierrez
Laura Urbelz

Diego Crespo
María Arruñada

Patricia Liñán
Raúl López Petisco

La Newsletter sobre Comentarios al Estudio del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia sobre distribución comercial pretende constituir un resumen del citado Estudio. Los asuntos tratados en la misma han sido seleccionados de acuerdo con criterios subjetivos de del Departamento de Derecho de la Competencia de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, no siendo nuestro objetivo ni presentar una revisión completa de la actualidad del sector ni realizar un examen exhaustivo de los asuntos tratados por lo que los comentarios vertidos no constituyen, en ningún caso, la opinión legal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

© CMS* Albiñana & Suárez de Lezo. Madrid, 2009. Todos los derechos reservados. El derecho de cita respecto del contenido de este Boletín no autoriza a la transformación o modificación de los contenidos y opiniones publicados en él.

CMS es una organización de despachos de abogados europeos independientes de reconocido prestigio. La alianza CMS ofrece a sus clientes asesoramiento legal y fiscal de calidad en transacciones nacionales e internacionales. Combina de manera perfectamente coordinada una gran experiencia a nivel local con presencia significativa en toda Europa. Incluye 9 despachos miembros, más de 2.240 abogados en 48 ciudades y 28 países.

La organización CMS está asociada con The Levant Lawyers (con oficinas en Beirut, Abu Dhabi, Dubai y Kuwait).