

TRIBUNAS

» “El estudio de la OCU sobre la fijación del precio de reventa: sin poder de mercado, no hay daño”.

Diego Crespo
Socio de CMS Albiñana & Suárez de Lezo
Departamento de Derecho de la Competencia
Alimarket, 20 de diciembre

La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) acaba de comunicar la realización de un estudio en el que, tras analizar los precios de 400 referencias en varios establecimientos de distribución minorista, manifiesta sus sospechas de que en al menos 34 productos de gran consumo los fabricantes están fijando el precio al que los distribuidores los revenden al consumidor. Esto es, que no vale la pena esforzarse en recorrer varias tiendas para encontrar la mejor oferta pues los precios de productos tan variados como -según informaciones de prensa- los refrescos de Coca-Cola, las pizzas Tarradellas, las patatas Ruffles, los yogures Vitalinea, los GPS Tom Tom, etc. son los mismos en todas y cada uno de ellas. La OCU ha remitido el estudio a la Comisión Nacional de Competencia (CNC) y a la Comisión Europea con el fin de que investiguen si existe una infracción de la normativa de competencia

El artículo 4.a) del Reglamento comunitario 330/2010 para los acuerdos verticales, de aplicación directa en España, **prohíbe cualquier restricción de la facultad del revendedor de determinar libremente el precio de venta del producto** -incluyendo los incentivos al distribuidor que se atenga a la política comercial del pro-

veedor-, y ello con independencia de la cuota de mercado de las partes.

Nos encontramos ante una de las prácticas -la fijación del precio de reventa o FPR- que más conflicto suele generar en la relación entre fabricantes y distribuidores, pues al derecho de estos últimos a determinar libremente sus precios se contraponen el interés de los primeros en controlar en lo posible una de las variables más importantes para posicionar sus productos en el mercado y conseguir así el objetivo de maximizar sus ingresos. Es por ello, probablemente, por lo que la normativa comentada permite, con matices, que los proveedores fijen precios máximos o que recomienden los precios de reventa al distribuidor.

La lógica de la prohibición es la siguiente. De manera más inmediata, se quiere proteger la **competencia intramarca**, esto es, la que se da entre los productos de una misma marca, que lógicamente desaparece si todos se venden al mismo precio con independencia del establecimiento escogido por el cliente. Pero es que además la FPR puede influir en las relaciones horizontales entre fabricantes y/o distribuidores; para los primeros, facilita la colusión (si los pre-



cios son respetados por los distribuidores, pueden monitorizar si se está cumpliendo el acuerdo colusivo), mientras que para los segundos directamente elimina la competencia, al menos en cuanto a los productos mencionados.

No obstante, y pese a la claridad con la que está redactada la prohibición, existen excepciones o, en otros términos, justificaciones que pueden explicar de manera razonable la uniformidad de precios puesta de manifiesto por el estudio. De hecho, la OCU no ha denunciado formalmente a los fabricantes, sino que simplemente ha remitido el estudio para sean las autoridades las que investiguen y eventualmente incoen un expediente sancionador.

Ya hemos dicho que se admite fijar precios máximos o recomendarlos. Y si aceptamos que son los fabricantes los que mejor conocen la elasticidad-precio de sus productos, **no es extraño que los distribuidores decidan voluntariamente seguir tales consejos** para maximizar el beneficio de todos, máxime si la capacidad de los consumidores para retener los precios de los productos de gran consumo se limita a unas pocas referencias. Además, se recuerda que nuestra Ley de Ordenación del Comercio Minorista sigue prohibiendo la venta a pérdida, por lo que el fabricante puede aumentar los precios de cesión hasta situarlos muy cerca de los de tarifa - los “*pyps recomendados*”- para asegurarse cierta uniformidad en los precios finales (aunque luego apoye al distribuidor mediante pagos por servicios o descuentos fuera de factura, pues extrañamente estos conceptos no cuentan para determinar si se vende por debajo de coste).

Pero además, las Directrices sobre acuerdos verticales aprobadas en mayo 2010 por la Comisión (poco después del Reglamento 330/2010) incluyen como novedad -fruto del debate surgido tras la sentencia de junio 2007 del Supremo americano en el caso *Leegin* que descarta por primera vez que estemos ante una prohibición *per se*- algunos ejemplos en los que se podría **justificar la FPR por razones de eficiencia económica** (aumento del bienestar para los

consumidores) que compense los perjuicios de la eliminación de la competencia intramarca.

Por ejemplo, se acepta que la FPR -que garantiza al revendedor un cierto margen en la venta- **puede incentivar a los distribuidores para que inviertan en la promoción del producto**, bien por tratarse de un producto nuevo o por requerir de servicios de preventa adicionales (como es el caso de productos *complejos* como electrodomésticos u ordenadores). La explicación es sencilla: El Corte Inglés no tendrá incentivos en invertir en personal dedicado a explicar las *bondades* del producto si el consumidor puede beneficiarse de este esfuerzo para luego comprar en otro establecimiento que no invierte en promoción y que por tanto puede vender más barato (se evita así el “*parasitismo al nivel de la distribución*”).

Por nuestra parte, seguimos considerando que las novedades de las Directrices se han quedado cortas. Lo relevante al analizar los efectos de la FPR pasa por considerar las circunstancias concretas del mercado afectado, y especialmente **la intensidad de la competencia intermarcas** (entre marcas competidoras). Si esta es suficiente -y no estamos ante empresas con poder de mercado individual o conjunto-, vemos difícil que puedan derivarse efectos anticompetitivos de la FPR, pues ningún operador puede imponer precios supracompetitivos, además de que ello provocaría la entrada de nuevos competidores (los mismos distribuidores con las marcas blancas). Este es, por lo demás, el razonamiento que está detrás de la decisión de la CNC en el caso de “*El Corral de las Flamencas*” de diciembre 2009 (adelantándose a las Directrices de la Comisión), en la que, tras considerar acreditado que dicha empresa -con una cuota insignificante en el mercado de confección textil- había incurrido en una FPR, se declara que no ha lugar a práctica prohibida apoyándose en el artículo 5 de la Ley referido a las conductas de escasa importancia -pese a que el artículo 2 del Reglamento de Defensa de la Competencia incluye la FPR entre las excepciones a la aplicación de la exención de *minimis*- rechazando la prohibición *per se* que había sido la regla general hasta ese momento.

Finalmente, y volviendo al estudio de la OCU, queda por ver si, en caso de que se decidiese incoar expediente, la responsabilidad por la uniformidad de precios se imputa solo a los fabricantes, o si por el contrario -como ya ocurriera en la Resolución en el caso de los Aceites- se incluye igualmente a los distribuidores como co-autores o cobeneficiarios de la conducta.

Más información

Diego Crespo

Diego.crespo@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo, C/ Génova, 27 – 28004 Madrid – España

T +34 91 451 93 00 – F +34 91 442 60 45 – madrid@cms-asl.com

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es una de las firmas de abogados con más historia y prestigio del mercado español, con oficinas en Madrid, Sevilla y Marbella. Combinamos tradición y vanguardia, experiencia e innovación, como valores para lograr la máxima satisfacción de los clientes.

Con más de 90 abogados, nuestra finalidad es mantener una relación estrecha de trabajo con el cliente para comprender y anticipar sus necesidades y estar a su entera disposición para llevar a cabo sus objetivos de negocio.

Despacho multidisciplinar, ofrecemos a través de nuestras distintas áreas de experiencia un servicio completo de asesoramiento legal y fiscal que cubre todas las necesidades de nuestros clientes.

CMS Albiñana y Suárez de Lezo pertenece a la organización CMS, organización de los mayores despachos europeos independientes y cuya ambición es ser reconocida como la mejor firma de servicios legales y fiscales en Europa.

www.cms-asl.com

CMS oficinas y oficinas asociadas: Ámsterdam, Berlin, Bruselas, Londres, Madrid, París, Rome, Viena, Zurich, Aberdeen, Argelia, Amberes, Arnhem, Beijing, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Colonia, Dresde, Dusseldorf, Edimburgo, Estrasburgo, Frankfurt, Hamburgo, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milán, Montevideo, Moscú, Munich, Praga, Sao Paulo, Sarajevo, Sevilla, Shanghái, Sofia, Stuttgart, Utrecht, Varsovia y Zagreb.