



## EL PODER DE COMPRA Y LAS POSIBLES CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN LA CADENA DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

### **Fernando Díez Estella\***

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil. Coordinador de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia.

### **Margarita Fernández Álvarez-Labrador**

Licenciada en Derecho. Coordinadora Adjunta de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia.

### **1. Introducción**

Las cuestiones que se generan en torno al mercado de distribución de alimentos son complejas y variadas. Como botón de muestra podemos citar la polémica que se está generando en torno a la liberalización de los horarios comerciales<sup>1</sup>, las limitaciones en función de las cuotas –la llamada planificación indicativa–, los problemas (en especial la exigencia de doble licencia, municipal y autonómica) para la apertura de nuevos centros por parte de las grandes superficies, que se encuentra en la actualidad prácticamente

\* Los autores agradecen a la Fundación ICO el apoyo financiero a esta investigación a través de la Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia. Igualmente queremos dejar constancia de nuestra gratitud a María del Carmen Navarro Suey, por sus valiosas sugerencias y la elaboración del esquema de este artículo.

<sup>1</sup> La Ley Orgánica 2/1996, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, de 15 de enero de 1996 (BOE de 17 de enero) disponía en sus artículos 2 y 3 que *"cada comerciante determinará, con plena libertad y sin limitación legal alguna en todo el territorio del Estado el horario de apertura y cierre de sus establecimientos comerciales de venta y distribución de mercancías, así como los días festivos o no, y el número de horas diarias o semanales, en los que desarrollará su actividad"* (artículo 2), pero esta disposición no entrará en vigor *"hasta que el Gobierno, conjuntamente con el Gobierno de cada una de las Comunidades Autónomas, así lo decidan para su correspondiente territorio, y no antes del 1 de enero del año 2001"*. Llegada la fecha prevista para la liberalización total de los horarios comerciales el Gobierno aprobó el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes para la Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE de 24 de junio; corrección de errores en BOE de 28 de junio), cuyo artículo 43 retrasaba nuevamente la liberalización hasta el 1 de enero de 2006, y establecía un sistema transitorio. Las grandes superficies exigen que se aborde la liberalización, mientras que los supermercados y el comercio tradicional se oponen a ello; el FMI, por su parte, en el Informe sobre la Economía Española publicado el 17 de noviembre de 2003 reclama al Gobierno español *"que se preserve la unidad nacional de mercado y se incremente la libre competencia"*.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

paralizada por la existencia de barreras legales en este sentido<sup>2</sup>, así como la discusión de los criterios empleados por las autoridades – tanto antitrust como gubernamentales- en la autorización de concentraciones entre las grandes cadenas de distribución<sup>3</sup>.

No vamos tampoco, pese a su indudable interés<sup>4</sup>, a centrar nuestra atención en una de las prácticas habituales de las grandes superficies cual es la de exigir unos plazos de pago a sus proveedores que desde muchos sectores han sido considerados como excesivos (en nuestro país llegan a alcanzar los 120 días) que, frente a la forma –al contado- en que ellos cobran de sus clientes, les lleva a generar un excedente de tesorería sin tener que endeudarse acudiendo a créditos bancarios y pagando ningún tipo de interés, puede considerarse como práctica abusiva de su posición dominante.

Junto a todo ello, late en el fondo de todo este debate la duda sobre si una intervención por parte de los poderes públicos, con carácter regulatorio, es el mecanismo más eficaz para la erradicación de las prácticas abusivas, o –en el caso de que sea ése el objetivo de política económica perseguido- para la protección de la parte contratante “débil”. Muchas de las prácticas presuntamente restrictivas de la competencia son simplemente consecuencia de la libertad de mercado, y la experiencia en nuestro país –si no, véanse algunas de las repercusiones de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista- es que una intervención en el mercado dirigida a corregir unos presuntos desequilibrios o ineficiencias a veces lo que consigue es simplemente introducir todavía más distorsiones.

Por tanto, hemos de preguntarnos ¿pueden las asimetrías de poder entre las partes contratantes en la cadena de distribución

<sup>2</sup> Véase el Informe sobre las Condiciones de Competencia en el Sector de la Distribución Comercial (I 100/02), publicado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 2003.

<sup>3</sup> Véase NAVARRO VERONA, E. Y GONZÁLEZ DURANTEZ, H.: “Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a las Grandes Superficies de Distribución Minorista”, en AA.VV., *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación*, Vol. IV, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 41 a 63. Las decisiones más relevantes sobre concentraciones de las grandes superficies son las siguientes: Decisión de la Comisión de 20 de noviembre de 1996 en el asunto *Kesko/Tuko*, DOCE L 110; Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 1999 en el asunto *Rewe/Meinl*, DOCE 1999 L274 y la Decisión de la Comisión de 25 de enero de 2000 en el asunto *Carrefour/Promodès*, DOCE 2000 C 164. En el ámbito español destacan los Informes del TDC de 4 de mayo de 2000, exp. C 52/00, *Carrefour/Promodès*; el Informe del TDC de 27 de abril de 2001, exp. C 64/01, *Pío Coronado/Cemetro* y la aprobación por parte del Consejo de Ministros de la toma de control exclusivo de *Enaco* por *Caprabo*, (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 2002), Informe del TDC de 28 de mayo de 2002, exp. C 70/02. Finalmente, la última en aprobarse ha sido la adquisición por *Caprabo* de la cadena *Alcosto*, Informe del TDC de 19 de diciembre de 2003, Expte. C83/03.

<sup>4</sup> *Vid.*, como botón de muestra de la polémica por esta práctica del aplazamiento de pago, COSMEN, A., “El negocio financiero de las grandes superficies”, *Expansión*, 6 de diciembre de 2002, pág. 54.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

comercial –en sus relaciones verticales- afectar al funcionamiento competitivo de los mercados?; ¿es necesaria una intervención administrativa en este sentido o puede dejarse esta tarea al propio mercado, y a la legislación existente sobre cumplimiento de los contratos y lealtad y justicia en las relaciones comerciales entre particulares?

Abordar toda esta problemática con carácter global excede el objeto de estudio de este artículo que, dejando al margen estas cuestiones, se va a centrar única y exclusivamente en la posible existencia de prácticas abusivas por parte de las grandes superficies en uno<sup>5</sup> de sus respectivos mercados de actuación: el mercado (ascendente) de las compras, es decir, el mercado de aprovisionamiento de las grandes superficies.

En especial, y esto es uno de los rasgos más definitorios de las problemáticas que rodean las relaciones distribuidores-proveedores, nos hallamos ante una casi absoluta inexistencia de pronunciamientos jurisprudenciales, porque las prácticas abusivas existen, son conocidas, ... pero no se denuncian, por la sencilla razón de que el temor a las represalias<sup>6</sup> –y las consecuentes pérdidas económicas para el proveedor- opera aquí como un “requisito de procedibilidad” que hasta la fecha ningún potencial demandante ha conseguido superar. No sorprende por tanto que a pesar de la multiplicidad de posibilidades jurisdiccionales y herramientas legales de protección (Ley de Defensa de la Competencia, Ley de Competencia Desleal, por la vía ordinaria, por la vía administrativa, reforma de la Ley 52/99, duplicación del ilícito, etc.) nuestras autoridades no se hayan pronunciado hasta el momento en ningún caso de explotación de una situación de dependencia económica.

Tras esta breve introducción, se dedicará el epígrafe 2º a un repaso a los cambios que ha experimentado la estructura empresarial del sector de la distribución comercial de alimentos, necesario para entender las prácticas a las que se hará referencia a lo largo de estas páginas. Seguidamente, los epígrafes 3º y 4º se dedicarán a las principales nociones de Teoría Económica y de Derecho de la Competencia que van a manejarse en el análisis efectuado, principalmente la definición de mercados relevantes en este sector y la noción de dependencia económica. La cuestión principal –desde un punto de vista teórico- que preocupa en el escenario así definido es el

<sup>5</sup> Como es sabido, en este sector es clásica la distinción entre este mercado, y el mercado (descendente) de las ventas, es decir, el mercado en el cual se venden los productos básicos de la cesta de la compra a los consumidores finales.

<sup>6</sup> Estas varían desde la medida más drástica, que es la conocida como “deslistado” o “descatalogación”, y que supone sencillamente la desaparición de tu producto de las estanterías del distribuidor comercial, hasta otras tipo empeoramiento de las condiciones comerciales, ralentización de las órdenes, etc.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

resultante poder de compra de las grandes superficies y cadenas de la distribución comercial, cuestión a la que se dedica el epígrafe 5º. Finalmente, en el epígrafe 6º se ofrece un catálogo de posibles prácticas anticompetitivas que se derivan del ejercicio abusivo de ese poder de compra.

**2. Cambios en la estructura empresarial del sector de la distribución comercial de alimentos.**

A partir de los años 50<sup>7</sup> el sector de la distribución comercial de productos de gran consumo comenzó a cambiar su configuración sensiblemente por la aparición de los grandes grupos de distribución comercial. Estos grupos se convirtieron en el punto clave de la cadena de valor del mercado, una posición que ostentaban anteriormente los fabricantes. Y ello gracias al fenómeno de la concentración de un elevado poder de compra, que les colocaba en una posición de preeminencia frente a fabricantes, empresas distribuidoras de menor tamaño, e incluso frente al cliente, a quien se le presentaba un nuevo modelo de adquirir productos de gran consumo. Este fenómeno fue especialmente notable en el sector de la distribución de alimentos.

Desde su aparición, las grandes empresas de distribución vienen intentando incrementar su tamaño con el fin de poder aprovechar las economías de escala, experiencia y alcance para mejorar su posición competitiva en el mercado. A ello hay que añadir que la integración progresiva de los mercados de los países miembros de la Unión ha favorecido la creación de los grandes grupos de distribución internacional que operan actualmente en toda Europa, con lo que el problema de la aplicación de las normas de competencia ha adquirido una dimensión comunitaria.

En España las principales circunstancias que, en líneas generales, han caracterizado este sector en los últimos años son un aumento progresivo del tamaño de las empresas de distribución y una tasa elevada y creciente de concentración empresarial. Estas y otras circunstancias, que no se mencionarán porque exceden el objeto de este trabajo, han llevado a reestructurar los canales de distribución de los productos alimenticios<sup>8</sup>.

En lo que se refiere al mercado de aprovisionamiento, el crecimiento de las grandes cadenas de distribución ha elevado su

---

<sup>7</sup> BABUSIAU, C., *L'Etat de dépendance économique et commerciale des fournisseurs vis a vis les grandes groups de distribution*, intervención en el European Competition Forum, celebrado en la DG COM. de la Comisión Europea, en Bruselas, los días 3 y 4 de abril de 1995.

<sup>8</sup> CRUZ ROCHE, I. *et alia.*, "Concentración y competencia en los canales de distribución de productos alimenticios", *Papeles de Economía Española*, nº 96, 2003.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

poder de compra, lo que aumenta de manera significativa su poder de negociación frente a fabricantes y proveedores. Por otra parte, muchas estas empresas han llegado a realizar procesos de integración vertical "hacia atrás" para asegurarse el aprovisionamiento de algunos productos. Ante esta situación, las empresas distribuidoras de menor tamaño han tenido que llevar a cabo diversas acciones con el fin de subsistir en el mercado. Una de estas acciones es aumentar su poder de compra agrupándose bajo las denominadas centrales de compra, para lograr mayor poder de negociación con los fabricantes y proveedores.

Los fabricantes también se ven afectados por estos cambios en las relaciones verticales, que en muchas ocasiones, se encuentran en una posición débil o de excesiva dependencia frente a las empresas de distribución.

Todo lo que acontezca en el mercado de las compras o de aprovisionamiento tiene una importancia vital, pues puede llegar a influir en la posición competitiva de una empresa en el mercado de las ventas. En efecto, el denominado efecto espiral<sup>9</sup> ayuda a explicar el hecho de que, cuando un agente económico aumenta su poder en el mercado de aprovisionamiento, a su vez se traducirá en una mejora de su posición en el mercado de las ventas. Esta circunstancia no constituye, a priori, una vulneración de las normas de competencia, porque cuanto mayor sea el poder de negociación de una empresa de distribución en el mercado de las compras, mejores precios y condiciones podrá obtener de sus fabricantes, lo que puede traducirse en ciertas ventajas para el consumidor<sup>10</sup>. Los principales inconvenientes se presentan en el caso de que el operador en cuestión posea una posición dominante, por la cual logre aprovechar su poder en el primer mercado para imponerse en el segundo.

Según los datos<sup>11</sup> del Directorio Central de Empresas, hasta el 2002 el sector del comercio al por menor de alimentación en España se estructura en torno a un número muy elevado de empresarios autónomos (86%), vinculados normalmente a tiendas tradicionales, y a un número comparativamente más bajo de sociedades (14%),

<sup>9</sup> Véase Decisión de la Comisión de 25 de enero de 2000 en el asunto *Carrefour/Promodès*, cit., que recoge, en este punto, la argumentación ofrecida por la Comisión en su decisión *Rewe/Meinl*, al hablar de ese efecto bola de nieve o espiral de dominio: "generalmente, cuanto mayor es el volumen de compras ... más favorables son las condiciones que obtiene y mayores son sus posibilidades de adquirir nuevas cuotas ..., lo que a su vez se traduce en un nuevo aumento del poder de compra (...) que ofrece la posibilidad de someter, o incluso eliminar, a los competidores que aún existan en el mercado de la distribución".

<sup>10</sup> Vid., NAVARRO y GONZÁLEZ, op.cit.

<sup>11</sup> Recogidos en ESTEBAN, A. y LLANOS MATEA, M., "Transformaciones estructurales, precios y márgenes en el sector de distribución al por menor de alimentos", *Boletín Económico*, Banco de España, Junio 2003, págs. 51 y ss.



### **Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

principalmente supermercados e hipermercados, que sin embargo absorben el 83% del empleo asalariado del sector.

En cuanto a la espinosa cuestión de si la expansión de los modelos de distribución tipo gran superficie van a abocar a la desaparición del pequeño comercio tradicional –en la literatura anglosajona se usa el término “la tienda de la esquina”-, que es, como veremos, lo que ha alimentado la discusión en este ámbito e incluso ha llegado a propiciar reformas legislativas como la operada por la Ley 52/99 sobre la Ley de Defensa de la Competencia, los datos que proporciona el Ministerio de Agricultura, Pesa y Alimentación sobre tipo de establecimiento establecen un predominio, a finales de los años ochenta, de las tiendas tradicionales, con una cuota de mercado, calculada sobre las ventas a hogares de algo más del 50% y una estructura del sector muy atomizada.

Sin embargo, desde entonces han ido perdiendo cuota de mercado a favor de otros modelos de gran distribución comercial, tipo supermercados e hipermercados, de manera que en el año 2001 las tiendas tradicionales sólo absorbían un 31% de cuota, mientras que los supermercados participaban en un 42% y los hipermercados en un 18%. Con todo, y debido principalmente –y esto constituye un motivo permanente de queja de la ANGED, la patronal del sector de las grandes superficies- a las trabas legales existentes en algunas CC.AA. para la apertura de nuevos establecimientos, este proceso se ha ralentizado en los últimos años.

Otros organismos representativos del sector, como la AECC (Asociación Española de Centros Comerciales) cifran en más de 2.000 millones de euros anuales las inversiones que están paralizadas por falta de licencias y la maraña legislativa que regula el comercio en España<sup>12</sup> (según datos de la Secretaría de Estado de Comercio, en España existen más de 700 normas legales referentes al sector de la distribución comercial, de las que más de 200 son de aplicación directa para las empresas).

### **3. Definición de los mercados relevantes.**

#### **A) El mercado de las ventas.**

Aunque, como ha quedado dicho en la introducción, este mercado no va a ser objeto de análisis, sí nos ha parecido interesante recoger al menos los elementos esenciales en cuanto a su definición de producto relevante, y las prácticas abusivas que se han denunciado en el mismo.

<sup>12</sup> Datos recogidos del artículo “El informe de Competencia reaviva la guerra entre grandes y pequeños comercios”, Diario ABC, 31 de agosto de 2003, págs. 26 y 27.



### Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003*

El mercado de distribución o de las ventas hace referencia a todos aquéllos productos de consumo diario, principalmente alimentarios, que los consumidores esperan encontrar en un supermercado. Todos ellos forman parte de la cesta de la compra y no se incluyen aquí otros productos, que aun comercializándose en las grandes superficies (electrodomésticos, muebles, ordenadores, discos, etc.) no forman parte de ese grupo de productos de consumo diario.

Existe unanimidad sobre la consideración de un único mercado de distribución minorista del tipo "autoservicio", con independencia del tamaño del establecimiento en el que se produzca dicha venta (hipermercados, supermercados, autoservicios de barrio, etc.). Sin embargo, las tiendas tradicionales o especializadas en las que es necesario que el producto sea suministrado directamente por un dependiente, constituyen un mercado diferenciado.

Por lo que se refiere a la dimensión geográfica del mercado de la distribución minorista o de las ventas, se trata de un mercado local, que cubre el espacio geográfico en el que es razonable que un consumidor se desplace para realizar una compra determinada. La Comisión ha definido este espacio como un radio de 20 minutos en coche<sup>13</sup>, mientras que el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>14</sup> ha señalado que este radio es de aproximadamente entre 15 minutos (cuando los establecimientos están situados en núcleos urbanos) y 30 minutos (cuando los establecimientos se hallan en núcleos rurales o no existen otros establecimientos en la zona delimitada<sup>15</sup>).

La posible existencia de prácticas abusivas en el mercado de la distribución minorista ha saltado a la palestra recientemente con las polémicas subidas de precios de las frutas y verduras que se apreciaron en los últimos meses del año 2003. Dado el impacto social de este tipo de subidas en productos de consumo diario, el Servicio de Defensa de la Competencia inició una información reservada a mediados de octubre con objeto de identificar las posibles explicaciones económicas a tales comportamientos de precios y, en su caso, la existencia de indicios de conductas contrarias a la legislación de defensa de la competencia.

Esta investigación ha dado lugar a un Informe publicado el 19 de Enero de 2004, (en adelante, "el Informe"), donde se analiza la evolución de los precios y las diferencias existentes entre el precio que recibe el agricultor y el precio al que se vende el producto al destinatario final. El Informe se centra en seis productos hortofrutícolas cuya subida de precios ha sido anormalmente elevada:

<sup>13</sup> Decisión *Rewe/Meinl*, sección 18.

<sup>14</sup> Informe del TDC *Carrefour/Promodès*, F.D. 4.2.

<sup>15</sup> NAVARRO VERONA, E. / GONZÁLEZ DURANTEZ, H.: "Aplicación ...", cit., págs. 45 y 46.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

el tomate, la lechuga, el pimiento, la judía verde, la pera y la manzana.

En este sentido, el "Panel del Consumo Alimentario" del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que proporciona información sobre los precios que pagan los hogares españoles por la adquisición de productos de alimentación, distinguiendo entre las diversas modalidades de comercialización al por menor existentes, destaca, para el período 1994-2001 que, en general, los precios son mayores en las tiendas tradicionales que en los hipermercados y supermercados, siendo estos últimos los que establecen los precios más bajos<sup>16</sup>.

Por otro lado, y en sentido contrario al anterior, las empresas aceiteras, a través de la patronal de la industria alimentaria (FIAB) han presentado una denuncia ante la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid, contra Carrefour acusando a la multinacional francesa de vender el aceite de oliva por debajo de costes, a través de la marca blanca de Carrefour.

Por su parte, y también en este mercado de las ventas, el pequeño comercio no se ha quedado callado y está preparando<sup>17</sup> a principios de 2004 y a través de la patronal CECOMA (Confederación Española de Comercio Minorista), una ofensiva de denuncias ante los tribunales a las grandes empresas de distribución por abusar de posición de dominio, vender por debajo de costes, incumplir el periodo de rebajas y realizar publicidad engañosa.

No deja de llamar la atención que, en esta "batalla", los supermercados se hayan posicionado del lado del comercio minorista para hacer frente común frente a los hipermercados, y que –en palabras del presidente de la patronal ASEDAS (Asociación Española de Distribuidores, Autoservicios y Supermercados)- se afirme que la polémica sobre la liberalización en materia de horarios y de aperturas en festivos sea una polémica interesada, ya que "estamos ante uno de los sectores más competitivos de Europa"<sup>18</sup>.

## **B) El mercado de las compras o de aprovisionamiento.**

El mercado de las compras o mercado de aprovisionamiento se corresponde con el mercado de adquisición de productos por parte de los mayoristas y minoristas a los fabricantes. El criterio determinante para la delimitación del mercado es la flexibilidad para sustituir el suministro por parte de los que adquieren la mercancía y sus

<sup>16</sup> Vid., ESTEBAN y LLANOS, *op.cit.*, págs. 56 y ss.

<sup>17</sup> Vid., noticia de prensa, "Ofensiva en los tribunales del pequeño comercio contra las grandes superficies", *Expansión*, 19 de enero de 2004.

<sup>18</sup> Vid., entrevista a José Pedro Pérez-Llorca, "En el sector de la distribución no hace falta más competencia", *Diario ABC*, 5 de enero de 2004, págs. 70 y 71.





### Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003*

mercados de compra alternativos. La flexibilidad para el cambio de proveedor dependerá del producto de que se trate, por lo que no se puede hablar de un mercado de compras exclusivo, sino de diferentes mercados en función del producto de que se trate<sup>19</sup>.

Asimismo, la Comisión ha tomado en consideración el grado de flexibilidad de la oferta en relación con los distintos canales alternativos de ventas de los fabricantes (sector minorista, sector mayorista, comercios especializados, exportación, etc.), pudiendo delimitarse el mercado de aprovisionamiento en atención a cada uno de estos canales dado que los fabricantes no pueden pasar con facilidad de un canal a otro, puesto que existen diferencias en función del tamaño de los envases, presentación y empaquetado.

En cuanto a la dimensión geográfica, la Comisión considera que los mercados de aprovisionamiento en las categorías de productos indicados previamente son nacionales. Esta delimitación se debe principalmente a las preferencias de los consumidores, que suelen variar de un país a otro, aunque en relación con ciertos productos pueden existir mercados geográficos de menor tamaño (por ejemplo en el mercado de productos frescos)<sup>20</sup>.

#### 4. Noción de Posición de Dependencia Económica.

La posible existencia de prácticas abusivas por parte de las grandes cadenas de distribución en el mercado de las compras se encuadraría dentro del artículo 6 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia, concretamente, en el párrafo 6.1.b, que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas *de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.*

Como es conocido, esta nueva redacción fue incorporada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa

---

<sup>19</sup> En la Decisión *Carrefour/Promodès* la Comisión diferenció 23 mercados de aprovisionamiento diferente, en función de los productos: Líquidos, droguería, perfumería e higiene, alimentación no perecedera, parafarmacia, productos perecederos en formato de librería, carnicería, pescadería, frutas y legumbres, panadería y pastelería fresca, charcutería, bricolaje, hogar, cultura, juegos y ocio, jardín, automóvil, grandes electrodomésticos, pequeños electrodomésticos, fotografía y cine, alta fidelidad y sonido, televisión y vídeo, textil y zapatos.

<sup>20</sup> NAVARRO VERONA, E. Y GONZÁLEZ DURANTE, H.: "Aplicación ...", cit., págs. 47 y 48.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

de la Competencia (BOE de 29 de diciembre) y suscitó –entre otras– polémica en torno a la necesidad de la ampliación del artículo relativo a la posición dominante conjunta<sup>21</sup>. El abuso de la dependencia económica ya estaba recogido en el artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991, que antes de su modificación por la Ley 52/1999 establecía: “Asimismo, se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad”. En la actualidad, la duplicidad de ambos textos normativos es palpable, con la correspondencia prácticamente total entre las letras f) y g) del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 16.3 de la Ley de Competencia Desleal.

La introducción de este aspecto concreto de la reforma de nuestra LDC, prevista para proteger a los pequeños proveedores de la fuerza ejercida por los grandes grupos comerciales, como el resultante de la fusión *PRYCA-Continente*, y que no estaba prevista el texto propuesto por el Gobierno, se hizo a instancia del Grupo parlamentario Catalán (enmiendas 79 y 80)<sup>22</sup> y del Grupo parlamentario Coalición Canaria (enmiendas 81 y 82)<sup>23</sup>, y fue rápidamente calificada por la doctrina como “oportunista y con sesgo contrario a los grandes operadores del sector minorista”<sup>24</sup>.

Pasado un tiempo de su entrada en vigor, la doctrina ha hecho juicios ponderados y la opinión mayoritaria y más autorizada sigue siendo la misma: “la nueva conducta abusiva tipificada por el legislador, se desenvuelve en el seno de las relaciones comerciales establecidas entre empresas que no tienen un poder negociador semejante (...). Así ocurre, por ejemplo, en las relaciones de las empresas de la gran distribución con sus proveedores”<sup>25</sup>.

Desde luego, aunque la tipificación de la explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo: PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J.: “La Explotación Abusiva de la Situación de Dependencia Económica en la Ley de Defensa de la Competencia: Examen Crítico del Nuevo Precepto”, en *G.J.*, núm. 205, Enero/Febrero 2000, págs. 33 a 40; PRIETO KESSLER, E.: “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, en *G.J.*, núm. 205, Enero/Febrero 2000, págs. 22 a 32; PELLISÉ CAPELL, J.: *Mercado Relevante, Posición de Dominio y otras cuestiones que plantean los Artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Pamplona, 2002; ídem, *La explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Madrid, 2002.

<sup>22</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 14 de octubre de 1999, Serie A, núm. 175-8, pág. 84.

<sup>23</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, de 22 de octubre de 1999, Serie A, núm. 175-10, pág. 93.

<sup>24</sup> MARTÍNEZ LAGE, S., “Sin pena ni gloria” (Editorial), *GJ*, n.º 204, Dic. 1999, pág. 7.

<sup>25</sup> GARCÍA MARTÍNEZ, R., “La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley Española de Defensa de la Competencia”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 64, Cuarto Trimestre 2001, pág. 314.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

desleal no ha estado exenta de críticas<sup>26</sup>, lo que se discutía era la oportunidad de su encuadramiento sistemático en la LCD y no en el elenco de prohibiciones antitrust. En ningún momento se había propuesto la conveniencia de una tipificación paralela, por entender que, para los casos “sub-umbral”<sup>27</sup> de la LDC o “pequeño poder económico” era suficiente el art. 16.2 LCD como “función de cobertura”<sup>28</sup> para evitar que comportamientos no perseguibles en sede antitrust quedaran impunes. En el caso de que dicha explotación tuviera, además, relevancia sensible, caería en el ámbito público de los órganos administrativos antitrust sin dificultad a través del mecanismo del art. 7 LDC. Por tanto, la opción adoptada por nuestro legislador, que parece querer evidenciar así su firme determinación política de perseguir estas prácticas, desde un punto de vista de técnica legislativa, ha sido errónea.

Es importante insistir en que el ámbito en el que ahora nos encontramos no es solamente el de la regulación antitrust sino –dado que los problemas entre un comprador y su proveedor son un conflicto entre particulares, no una cuestión de interés público- el de la deslealtad de mercado; esto es así porque el artículo 16.2 LCD está llamado a preservar la competencia económica de las restricciones estructurales y funcionales que pueda deparar la libertad con que ciertas empresas cuentan al conformar sus relaciones con otras empresas gracias a la asimetría de su respectivo poder en el mercado, asegurando que la conducta de las primeras no difiere de la que debieran observar en una situación de equilibrio, si se vieran sometidas a la presión de otras empresas con un poder equiparable en su mismo mercado.

Esta figura, completamente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico concurrencial, e inexistente en el Derecho de la Competencia comunitario, proviene de la legislación antitrust alemana<sup>29</sup>, que ante la creciente concentración de la distribución y las quejas de los fabricantes sobre el poder de compra de los distribuidores la introdujo en 1957 para combatir el uso abusivo del poder de compra de la gran distribución. Siguiendo el ejemplo alemán, Francia introdujo una

<sup>26</sup> Vid., por todos, MASSAGUER FUENTES, J., “La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta*, Tomo II, Valencia 1995, págs. 2203 a 2268.

<sup>27</sup> PAZ-ARÉS, C., “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981, pág. 107.

<sup>28</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Competencia Desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Civitas, Madrid 1988, pág. 109.

<sup>29</sup> *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, de 27 de julio de 1957, modificada el 1 de enero de 1999, artículo 20 (2).



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

disposición similar<sup>30</sup> en 1986, habiéndose regulado también en otros países en fechas recientes.

De hecho, y fruto de la preocupación por parte de las autoridades comunitarias de lo extendido y generalizado de estas prácticas, no han faltado en estos últimos tiempos propuestas concretas<sup>31</sup> de introducir, en el derecho comunitario de defensa de la competencia, una regulación específica de la figura de la explotación de una situación de dependencia económica similar al existente en la ley española.

La necesidad de introducir una prohibición expresa de esta conducta se fundamenta en la imposibilidad de perseguirla a través de los instrumentos habituales de la legislación antitrust, ya que de los pactos colusorios (arts. 1 LDC y 81 Tratado UE) y el abuso de posición dominante (art. 6 LDC y 82 Tratado UE) se escapan la prohibición de conductas abusivas unilaterales cometidas por empresas no dominantes, lo que afecta claramente al sector de la distribución, en donde es frecuente la existencia de una relación de dependencia –o también llamado *poder relativo de mercado*- entre el proveedor y el comprador.

Como es sabido, las relaciones comerciales entre fabricante y distribuidor, distribuidor y mayorista, mayorista y minorista, etc., han sido desde siempre una de las mayores fuentes de conflictos jurídicos derivados tanto de presuntos acuerdos colusorios como abusos de posición dominante (si se consideran desde el ámbito *antitrust*) y toda la gama posible de infracciones contractuales si se consideran desde la perspectiva del derecho de obligaciones y contratos. Por poner algunos ejemplos a título de muestra, el TDC ha tenido ocasión de pronunciarse, en este sentido, en el ámbito de la distribución de productos de farmacia y cosméticos (Resolución *Cosméticos Farmacia*<sup>32</sup>), venta de prensa a través de los quioscos (Resolución *Prensa Segovia*<sup>33</sup>), la distribución comercial de productos de marca a

<sup>30</sup> *Ordonnance* n° 86-1243, de 1 de diciembre de 1986, *relative a la liberté des prix et de la concurrence*, modificada por Ley 96-588, de 1 de julio de 1996.

<sup>31</sup> *Vid.*, por ejemplo, las intervenciones de las diversas autoridades de varios Estados Miembros y de funcionarios de la DG COM en el European Competition Forum, celebrado en la DG COM. de la Comisión Europea, en Bruselas, los días 3 y 4 de abril de 1995. El representante francés, Sr. BABUSIAU, afirmó a este respecto que “*el Derecho comunitario, en la actualidad, es de poca ayuda para enfrentarse a los efectos del poder de compra de los distribuidores*”, y tras preguntarse si sería oportuna una reforma en este sentido señala que “*aunque dicho poder pueda resultar en un comportamiento que distorsione la competencia, o choque con los principios que todos los países defienden –que los contratos tienen que ser equilibrados, estables y cumplidos justamente-, no me pronunciaré por el momento, ya que esta cuestión hace referencia a la defensa de la competencia leal, y en consecuencia a la regulación de las prácticas comerciales en los negocios*”.

<sup>32</sup> Resolución del TDC, de 31 de julio de 1996, Expte. 363/95.

<sup>33</sup> Resolución del TDC, de 18 de febrero de 1999, Expte. 434/98.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

través de franquicia (Resolución *Benetton*<sup>34</sup>), la modificación de los términos contractuales de suministro (Resolución *Resopal*<sup>35</sup>), y –por supuesto- todos aquellos contratos de distribución que impliquen algún de tipo de obligación de exclusividad o carácter selectivo (Resolución *Sandoz*<sup>36</sup>).

En nuestro país antes de la reforma operada por la Ley 52/99 se dio algún precedente en el que el Tribunal de Defensa de la Competencia señaló que no cabe enjuiciar la legalidad de determinadas prácticas comerciales cometidas por grandes superficies al amparo del artículo 6 LDC (ofertas de 2 por 1, regalos, etc...), al no haberse acreditado que dispongan de posición de dominio en el mercado. Así, en su Resolución de 26 de octubre de 1987 (Expte. 229/87 y 462/87):

*“tampoco puede hacerse entrar en la conducta de la sucursal de las Rozas de la sociedad Alcampo, S.A., en la descripción de abuso de posición de dominio (...), por la sencilla razón de que no dispone de una situación de dominio del mercado, ya que por el contrario, ni es única oferente de los productos que vende, ni, en unión de otra u otras empresas, es la sola oferente de estos productos”.*

En cambio en la ley alemana contra los actos restrictivos de la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) sí existe una previsión de esta figura, la contenida en el párrafo 20 (2) –en la redacción dada por la reforma de 1 de enero de 1999- cuando establece que:

*“la subsección 1ª también se aplicará a aquellas empresas y asociaciones de empresas en la medida en que pequeñas y medianas empresas o proveedores o compradores de ciertos tipos de bienes o servicios comerciales dependan de ellas hasta tal extremo que no exista la posibilidad razonable y suficiente de cambiar a otra empresa”*

Los tipos de dependencia que la ley alemana contempla pueden describirse varían según los autores y los criterios que se elijan para tal categorización; por señalar una posible, podemos establecer los siguientes:

1) Dependencia en función de los artículos: tiene lugar cuando existe algún tipo de producto o marca tal que un vendedor o un

<sup>34</sup> Resolución del TDC, de 12 de junio de 2002, Expte. R 466/01.

<sup>35</sup> Resolución del TDC, de 31 de marzo de 1997, Expte. R 189/96.

<sup>36</sup> Resolución del TDC, de 11 de diciembre de 1998, Expte. 409/97.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

distribuidor tiene necesariamente que tenerlo si quiere ser competitivo.

2) Dependencia basada en una relación comercial individual: tiene lugar cuando una empresa realiza un gran porcentaje de sus compras de un proveedor concreto o vende un alto porcentaje de su producto a un comprador específico.

3) Dependencia basada en carestías: tiene lugar cuando una empresa no puede garantizar el suministro de un tipo particular de bien o producto.

De todos estos supuestos, cobra especial interés para nuestro análisis el 2º, en el contexto específico de las relaciones verticales de las grandes cadenas de distribuidores comerciales con sus proveedores, los fabricantes de productos. La capacidad de estos grandes "retailers" de explotar la dependencia económica de quienes les venden toda o casi toda su producción es como ha quedado dicho, una especial fuente de preocupación de las autoridades antitrust en la actualidad, y para evitarlas es para lo que se intentan reformas legislativas como la de la *GWB* alemana: "el artículo 26 (2) de la *GWB* prohíbe abusar del poder de compra del que resultan prácticas que restringen de manera injusta el acceso al mercado a unas empresas y a otras no"<sup>37</sup>.

Igualmente enriquecedor resulta el análisis de la regulación de esta figura en el modelo italiano, el artículo 9 de la Ley nº 192<sup>38</sup>, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, en el que esta norma, pese a su evidente naturaleza antitrust está recogida en el ordenamiento civil, reformada recientemente y aprobada por el Parlamento el 18 de junio de 1998. El concepto de abuso y de "empresa en situación de dependencia económica"<sup>39</sup> tiene claras resonancias de las leyes alemana y francesa:

*"L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione de condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto".*

---

<sup>37</sup> VOGEL, L., "Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe", *ECLR*, Vol. 19 (1), 1998, pág. 8.

<sup>38</sup> *Gaceta Ufficiale*, 22 de junio de 1998, nº 192.

<sup>39</sup> Se entiende como tal la situación en la que *un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.*



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

Desde un amplio sector doctrinal<sup>40</sup> se ha criticado la inclusión de esta norma en el ámbito de la regulación civil, a pesar de que el organismo regulador italiano, *l'Autorità garante della concorrenza* sí es favorable a esta situación. Pensamos que, en la medida en que la dependencia económica puede generar las mismas prácticas anticompetitivas que se derivan de una situación monopolística, y en consecuencia la misma pérdida de bienestar y perjuicio para el mercado, debe ser también controlada en sede antitrust.

## **5. El poder de compra.**

### **A) Introducción.**

El poder de mercado desde el lado de la demanda, el *buyer bargaining power* derivado de la existencia de un único comprador (llamado *monopsonista*) o bien varios pero que pueden actuar conjuntamente (*oligopsonio*) es el otro lado del problema de quien se encuentra en una situación de dependencia económica, y es el que teóricamente propicia la realización de prácticas abusivas por parte de las grandes cadenas de distribución comercial frente a sus proveedores.

No se trata aquí de hacer un análisis exhaustivo de estas figuras ni profundizar en los postulados microeconómicos que caracterizan el ejercicio del poder de mercado desde el lado de la demanda, pero además del tema que nos ocupa, es también una cuestión de creciente interés, por la apreciable tendencia de los demandantes –no sólo las grandes superficies- a organizarse en cooperativas y todo tipo de asociaciones para llevar a cabo las compras conjuntamente. Como se ha señalado en el ámbito estadounidense, “dado que el objetivo de muchos ‘grupos de compra’ es la obtención de precios más favorables y otros términos para sus transacciones, este tipo de operaciones pueden dar lugar a violaciones antitrust (...) aunque no ha habido aplicación por parte de el gobierno de esta cuestión en años recientes”<sup>41</sup>.

En efecto, la preocupación de las autoridades antitrust por los posibles abusos cometidos en este sentido por las grandes superficies y cadenas comerciales de distribución minorista ha llevado a la aparición, en los últimos años, de numerosos informes sobre la situación competitiva de este mercado, como el de la *Competition*

<sup>40</sup> *Vid.*, por ejemplo, la posición defendida por OSTI, C., “L’abuso di dipendenza economica”, *Mercato concorrenza regole*, Año I, n° 1, 1999, págs. 38 y ss.

<sup>41</sup> FENTON, K., “Antitrust Counseling in Group Buying Issues”, *12-SPG Antitrust 23* (1998), pág. 26.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

*Commission*<sup>42</sup> inglesa, el de la *Office of Fair Trading*<sup>43</sup>, o el de la propia Dirección General de Competencia de la Comisión Europea<sup>44</sup>.

Por ser el más completo, nos detendremos en el primero de ellos, *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom* (en adelante *Supermarket Report*). En efecto, este extenso informe elaborado por la *Competition Commission* a propuesta del Director General de la OFT dedica todo el Capítulo 11 a *Las relaciones entre las cadenas comerciales y sus proveedores*, en el que se da cuenta de las quejas que existen en cuanto a las relaciones entre estos grandes clientes y sus proveedores, a la par que cierta aprensión y miedo a las represalias llevó a muchos empresarios a no querer ser nombrados<sup>45</sup>. Después de hacer constar (Párrafo 11.1) la preocupación existente en la OFT de que el poder de compra derivado del tamaño no signifique mejor calidad o precios más bajos para los consumidores sino poder explotativo, se especifica (Párrafo 11.2, pág. 231) cómo, en muchas líneas de producto, muchos proveedores venden la totalidad de su producción a las grandes cadenas comerciales<sup>46</sup>.

El ejercicio del poder de compra, en lo que a nuestro estudio hace referencia se detalla al referir los proveedores las obligaciones que les eran "impuestas" de vender por debajo de costes (Párrafo 11.83, pág. 244), obligación de conceder descuentos (Párrafo 11.88, pág. 245), obligación de participar en promociones (a costa propia, naturalmente), todo ello bajo la presión de que si no cumplían estos requerimientos podrían sufrir consecuencias negativas para su negocio.

La conclusión a la que se llega en el *Supermarket Report* en este punto es que "el efecto neto del pago de tasas, descuentos y ofertas varias es, como era de esperar, que algunas partes pagan menos que otras por sus suministros"<sup>47</sup>. Tampoco sorprende que, en su propuesta final, la *Competition Commission* inglesa sugiera un

---

<sup>42</sup> *Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*, U. K. Competition Commission Report, Julio 2000 (disponible en la página web oficial de dicho organismo, <http://www.competition-commission.org.uk/reports/446super.htm>, visitada el 1.X.2001).

<sup>43</sup> *Competition in Retailing*, Research Paper nº 13, Office of Fair Trading, Septiembre 1997 (disponible en la página web del organismo: <http://www.oft.org.uk>, visitada el 30.X.2001).

<sup>44</sup> *Buyer Power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union*, Informe preparado para la DGIV, nº IV/98/ETD/078, Mayo 1999.

<sup>45</sup> *Vid.*, los tintes un tanto "dramáticos" con los que los que participaron en la elaboración de este informe remitiendo cuestionarios o participando en vistas orales, exigían la absoluta confidencialidad como garantía necesaria para dar cualquier información, Párrafo 11.22, pág. 234.

<sup>46</sup> Así, se pone el ejemplo de que los cuatro principales cadenas del país compran el 70% de la totalidad de la producción de las dos principales marcas de jabón de limpieza doméstica, *Ariel* y *Persil*.

<sup>47</sup> *Supermarket Report*, Párrafo 11.102, pág. 247.





**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

“Código de Conducta” para estos agentes comerciales con el que se eviten las mencionadas conductas abusivas.

A principios de 2004 se ha publicado el primer informe<sup>48</sup> de seguimiento de este Código, y la verdad es que los resultados obtenidos no han mejorado mucho la anterior situación.

Por otro lado, y a raíz del rechazo<sup>49</sup> por parte de la Comisión Europea de aprobar la fusión entre las empresas KESKO y TUKO, precisamente por este tipo de cuestiones, se ha vuelto a poner de manifiesto la importancia del poder de compra en el ámbito de la distribución comercial, señalando, eso sí, que “su enfoque hacia la protección de los pequeños distribuidores en la medida en que se opone a la protección del mercado de oferta es, de esta manera constituido, un instrumento inadecuado para abordar las cuestiones planteadas por la Decisión *Kesko /Tuko*”<sup>50</sup>.

**B) Impacto sobre el bienestar social.**

El caso más claro –el llamado *monopsonio puro*- es el del poder de mercado de un único comprador que se enfrenta a unos vendedores perfectamente competitivos. El análisis económico de este supuesto es análogo al del monopolio (en el que un único vendedor se enfrenta a una curva de demanda que aglutina a compradores perfectamente competitivos), y las consecuencias en términos de bienestar son también parecidas. Como se ha señalado acertadamente, “aunque la mayor parte de los conflictos en sede antitrust sobre abusos de poder de mercado incluyen a vendedores monopolistas más que a compradores, el monopsonio puede generar unos costes sociales similares a los del monopolio”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> OFT's First Annual Report on the functioning of the Supermarkets Code of Practice, de fecha de 20 de febrero de 2004, disponible en la página web:

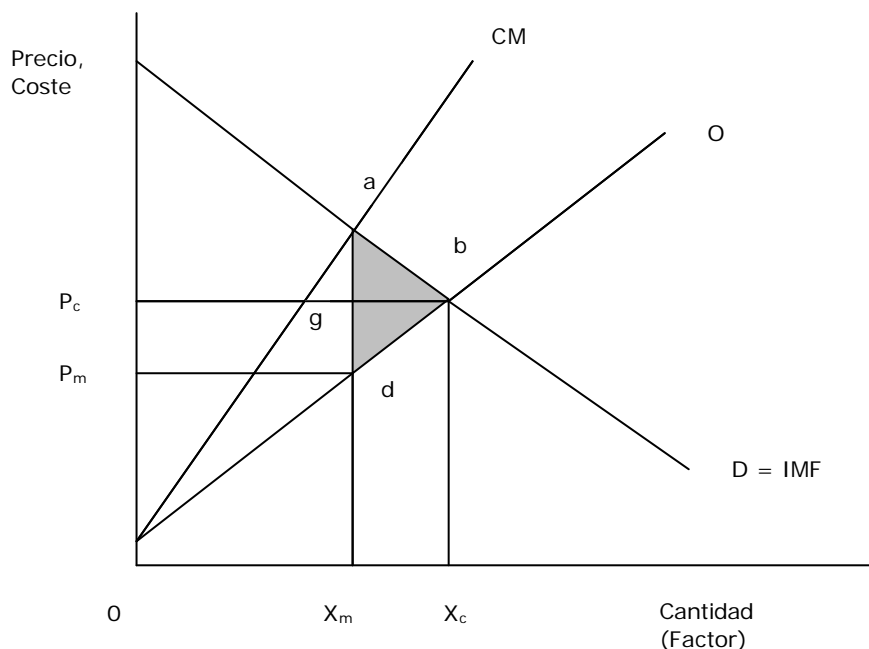
<http://www.ofc.co.uk>.

<sup>49</sup> Decisión de la Comisión, *Kesko / Tuko* (Asunto No. IV / M. 784) D.O.C.E. L 110/53 (1997).

<sup>50</sup> CURTIN, J.; GOLDBERG, D. y SAVRIN, D., “The European Commission's rejection of the KESKO / TUKO Merger: Leading the Way to the Application of a 'Gatekeeper' analysis of Retailer Market Power under U. S. Antitrust Laws”, 40 *B. C. L. Rev.* 537 (1999), pág. 581.

<sup>51</sup> HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1999, pág. 14.

**Figura 1**



El modelo se ilustra en la Figura 1<sup>52</sup>. Suponemos un mercado en el que la oferta y la demanda son competitivas, y por tanto el equilibrio competitivo se obtiene donde se cruzan ambas (curvas O y D), resultando un precio de equilibrio  $P_c$  y una cantidad  $X_c$ . Imaginemos que se trata de un mercado de bienes intermedios, en el que el producto comercializado son materias primas o cualquier tipo de *factor* que es empleado por los compradores como *input* en un estadio posterior de su proceso productivo. Entonces, la demanda representada por la curva D significará también el ingreso medio obtenido a partir del input que luego se utiliza para fabricar el producto final, por lo que podemos referirnos a esta curva también como la demanda derivada del input, que es igual al ingreso medio del factor ( $D = IMF$ ).

Consideremos ahora qué consecuencias tiene la actuación del monopsonista sobre los precios de mercado, cuando ejerce su poder de demanda. Dado que la curva de oferta (O) a la que se enfrenta tiene pendiente positiva, a medida que compre más unidades del bien (su input) será necesario un mayor nivel de producción para

<sup>52</sup> Ejemplo gráfico y argumentación tomados de DOBSON, P.; WATERSON, M. y CHU, A., "The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power", Office of Fair Trading, *Research Paper n° 16*, Septiembre 1998, págs. 11 y ss.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

ajustarse al incremento de demanda, lo que llevará a un aumento del coste unitario del factor. Como este aumento de coste unitario afecta no sólo a la nueva producción sino también a la ya existente, cada unidad adicional cuesta más que el coste medio (la curva de costes marginales, CM, está a la izquierda de la curva de oferta, O). Si suponemos que el monopsonista es precio aceptante en el mercado inferior (donde él vende su producto, se enfrenta a una demanda perfectamente competitiva), para maximizar su beneficio elegirá un nivel de producción para el que se igualen su demanda derivada (del input) y su coste marginal (del factor), dando lugar a un precio de equilibrio  $P_m$  y una cantidad  $X_m$ . Para esos niveles de precio y cantidad la pérdida del bienestar del consumidor es la representada por el área sombreada *abd*.

Esta pérdida de bienestar es consecuencia de que el monopsonista restringe las compras por debajo del nivel competitivo, y ello motiva que existan recursos que no se emplean (pérdida de *eficacia asignativa*). Como consecuencia de ello cae el precio pagado por el input (en el mercado de bienes intermedios), pero como el monopsonista se enfrenta a una demanda competitiva (en el mercado de bienes finales), el precio de su producto no se ve afectado por su poder de compra, con lo que el excedente del productor se reduce en la cantidad representada por el área  $P_c b d P_m$ , mientras que el excedente del consumidor aumenta la cantidad representada por la diferencia entre el rectángulo  $P_c g d P_m$  y el triángulo *abg*, quedando como pérdida neta de bienestar el triángulo *gbd*.

En consecuencia, el bienestar va a verse perjudicado por el ejercicio de poder monopsonista en un mercado en el que los compradores son capaces de aprovechar una oferta competitiva para hacer que los precios alcancen niveles infra-competitivos. Esta pérdida de bienestar es debida únicamente a la reducción del excedente del productor, ya que, a menos que el monopsonista también tenga poder de mercado cuando vende su producto, el consumidor final no se ve afectado.

Esta afirmación exige una matización<sup>53</sup> importante para el tema que estamos estudiando, ya que pueden existir beneficios derivados del poder monopsonista que contrarresten las pérdidas del bienestar social en mercados (p.ej. los de productos agrícolas) y fases del proceso productivo (almacenamiento, distribución) en los que el poder de compra claramente mejora la eficacia productiva (por un mejor aprovechamiento de la logística, economías de escala, ahorro de costes de transacción y de búsqueda, etc.).

De hecho, la reestructuración de los canales de distribución a que se ha hecho referencia al principio de estas páginas obedece

<sup>53</sup> Vid., "The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power", U. K. Office of Fair Trading, *Research Paper n° 16*, Septiembre 1998, párrafo n° 4.14.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

precisamente –entre otros factores, ya reseñados- a la necesidad de aumentar el tamaño de las empresas que operan en este mercado para aprovechar las nuevas economías de escala<sup>54</sup>.

**C) Implicaciones en el Derecho de la competencia.**

Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, la implicación más importante del ejercicio del poder monopsonista es que reduce más que aumenta el output final en el mercado en que opera, y esto es a veces difícil de detectar, ya que el principio de maximización del bienestar del consumidor puede llevar a pensar que bajar los precios es bueno, y por tanto el ejercicio del poder monopsonista no es un problema desde la óptica antitrust. Sin embargo, no hay que olvidar que:

1) El comprador monopsonista que revende en un mercado competitivo aplicará el mismo precio, pero su producto final será inferior al que tendría si fuera un comprador competitivo.

2) El comprador monopsonista que revende en un mercado no competitivo, de hecho aplicará un precio superior al que aplicaría si fuera un comprador competitivo.

De la importancia de esta cuestión, y se reflejo real en la aplicación, por ejemplo, de una práctica como la discriminación de precios, da buena cuenta la opinión de los profesores AREEDA y KAPLOW, quienes tras analizar la normativa estadounidense sobre abusos en el mercado cometidos por monopolistas que quieren maximizar su beneficio cobrando a unos consumidores más que a otros por un mismo producto, afirman que “sin embargo, no era esa la preocupación de la Sección 2 de la Clayton Act en la versión dada por la Robinson Patman Act de 1936, que se dirige expresamente contra la discriminación de precios. Esta ley no se orienta directamente a los consumidores sino a los competidores del vendedor que discrimina o al comprador que recibe un precio inferior”<sup>55</sup>.

Más adelante, y éste es el motivo de traer a colación esta Ley en nuestro análisis de las prácticas abusivas cometidas por las grandes cadenas de distribución, se sorprenden estos autores que la responsabilidad del comprador (*buyer liability*) por una práctica de discriminación de precios que él ha recibido o inducido conscientemente se regulara en la Sección 2 (f) de la Robinson Patman Act como un mero apéndice, ya que “a la Robinson Patman Act le preocupaba principalmente el impacto de la discriminación de

<sup>54</sup> Vid., CRUZ ROCHE et. alia, *op.cit.*, pág. 112.

<sup>55</sup> ARREDA, P. y KAPLOW, L., *Antitrust Analysis*, Aspen Law & Business, 5ª Ed., Nueva York 1997, pág. 923.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

precios sobre los compradores menos favorecidos. El principal daño que percibió el Congreso en 1936 fue la concesión de descuentos 'injustos' a los grandes compradores en detrimento de los pequeños. Y, aunque la Sección 2 (a) parece estar dirigida a los vendedores, se entendió desde el principio que el vendedor que discriminaba era la 'víctima inocente' del poder de mercado del comprador"<sup>56</sup>.

A los efectos de determinación de la situación de dependencia económica en términos antitrust, se ha determinado<sup>57</sup> que más de un 8% de ventas a un mismo gran distribuidor sitúa a un proveedor en una posición de dependencia económica frente a aquél, que podrá manejar la relación comercial a su conveniencia. Igualmente, la previsión legal de "falta de alternativa equivalente" no puede interpretarse como ausencia total de alternativas, ya que lo que caracteriza esta situación de dependencia es la imposibilidad de acceder a otro suministrador o a canales alternativos de distribución en tales términos y condiciones que sean viables y rentables (no meramente potenciales, o a un coste prohibitivo) para el proveedor.

**D) Tratamiento en la jurisprudencia.**

Así, aunque "no debe existir una presunción de que la existencia de poder de compra es *per se* perjudicial para la competencia"<sup>58</sup>, en la última década encontramos multitud de Decisiones de la Comisión y Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en las que se plantean el análisis del poder de mercado, esta vez en el lado de la demanda.

Recientemente, el pronunciamiento *Irish Sugar Plc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*<sup>59</sup> lleva a cabo un acertado razonamiento al reconocer (Fto. Jco. n° 93 y ss.) que, si bien es cierto que su reducida cuota de mercado (1'4 % del total del Mercado Común) y la pertenencia de sus clientes a grupos industriales internacionales limitaban su capacidad de influir en la fijación de los precios del azúcar, ese poder de mercado por el lado de la demanda no era lo suficientemente fuerte como para contrarrestar su acreditada posición de dominio.

Igualmente, en la reciente Decisión *Airtours – First Choice*<sup>60</sup>, se traslada el análisis anterior del mercado de la distribución comercial de alimentos al mercado de la "distribución" de viajes turísticos y el

<sup>56</sup> *Ibíd.*, pág. 979.

<sup>57</sup> *Vid.*, por todos, *Supermarket Report*, Capítulo II, Párrafo n° 2.458.

<sup>58</sup> OVERD, A., "Buyer Power", *ECLR*, Vol. 22 (6), 2001, pág. 249.

<sup>59</sup> Sentencia del TPI (Sala 3ª), de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97, *E.C.R.* 1999, p. 0000.

<sup>60</sup> Decisión 2000/276/CE de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999 (Asunto IV/1.524), *D.O.C.E. L 93/1*, de 13 de abril de 2000.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

complejo entramado de relaciones entre los participantes en el proceso: agencias de viajes, operadores turísticos y compañías aéreas. Así, aunque la descripción del *poder de compra* de que gozan los operadores turísticos integrados verticalmente se lleva a cabo en los considerandos nº 124 y ss., se señala en el nº 81 que:

*“los operadores turísticos se ven, pues, obligados a ser distribuidos ampliamente por medio de las agencias de sus grandes competidores si desean aumentar su cuota de mercado. La posición de fuerza de la que gozan los grandes operadores turísticos en la distribución también les permite, sin embargo, discriminar a los más pequeños operadores de varias maneras, en particular imponiéndoles comisiones claramente más elevadas”.*

En Estados Unidos, la Sección 2 (c) de la Robinson Patman Act se diseñó para evitar aquellos acuerdos espurios de intermediación (*brokerage*) por los que los grandes compradores conseguían grandes descuentos camuflados como “comisiones de venta”. Este tipo de situaciones tiene lugar habitualmente cuando en “intermediario” no presta realmente ningún servicio de intermediación al vendedor<sup>61</sup>, sino que se trata simplemente de un comprador de gran volumen con poder monopsonista u oligopsonista. También se utiliza esta Sección para los casos de soborno comercial<sup>62</sup>, y es necesario para la responsabilidad del vendedor que abusa de su posición que se demuestre la existencia de un daño o perjuicio para la competencia<sup>63</sup>.

Así lo entendió igualmente el Tribunal Supremo en la decisión *F.T.C. v. Morton Salt Co.*<sup>64</sup>, en donde se afirmó (Párrafo nº 44) que:

*“la historia legislativa de la Robinson Patman Act evidencia que el Congreso consideró pernicioso (siendo algo que la vigente Clayton Act, de 1914, permitía en su sección 2) el que un comprador grande pudiera obtener una ventaja competitiva sobre un comprador pequeño simplemente por su mayor capacidad de compra”.*

Esta necesidad de evitar que la “purchasing ability” devenga en abuso de poder de mercado, ha sido el *leit-motiv* de la normativa sobre precios en los Estados Unidos<sup>65</sup>. Igualmente, se ha señalado<sup>66</sup>

<sup>61</sup> *F.T.C. v. Henry Broch & Co.*, 363 U. S. 166 (1960), Párrafos nº 168 y 169.

<sup>62</sup> *Harris v. Duty Free Shoppers Ltd. Part.*, 940 F.2d 1272 (9th Cir. 1991), Párrafo nº 1274.

<sup>63</sup> *Edison Elec. Inst. v. Henwood*, 832 F. Supp. 413 (D. D. C. 1993), Párrafo nº 419.

<sup>64</sup> 334 U. S. 37 (1948).

<sup>65</sup> BLAIR, R. y HARRISON, J., “Antitrust Policy and Monopsony”, 76 *Cornell L. R.* 297 (1991), pág. 330.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

el riesgo de prácticas abusivas existente en un mercado de bienes intermedios caracterizado por una estructura de demanda oligopsonística, en el que los compradores actúan de forma colusoria y por tanto consumen todo el producto que el mercado puede ofrecer a un precio determinado.

**6. Análisis de casos y situaciones reales.**

A principios de 2003, la FIAB (Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas) planteó una denuncia contra las cuatro grandes cadenas de distribución en España (El Corte Inglés, Carrefour, Alcampo y Mercadona) por remitir conjuntamente una carta conjunta a sus proveedores en la que se exigía la adopción de la inclusión de un determinado sistema de seguridad.

Igualmente, la existencia de prácticas abusivas por parte de las grandes superficies ha sido puesta de manifiesto también por la FIAB en una denuncia presentada, a finales de 2002, contra el Grupo EROSKI y el Grupo INTERMARCHÉ –ITM IBÉRICA, ante el Servicio de Defensa de la Competencia, por una explotación de situación de dependencia económica, acuerdo colusorio y abuso de posición dominante colectiva, consistentes en colaboración empresarial exigiendo a los productores de alimentos y bebidas que suministren sus productos a ITM en la mismas condiciones y con los mismos precios con que suministran a Eroski. Además, según la denunciante, ambos grupos tendrían que haber comunicado al Ministerio de Economía el acuerdo por el que integraban sus centrales de compra. Esta denuncia fue archivada por acuerdo de 17 de marzo de 2003 del Director General de Defensa de la Competencia, y el recurso contra dicho acuerdo fue denegado por extemporáneo (Resolución *Eroski / Intermarché*)<sup>67</sup>.

Según se ha recogido por algún autor<sup>68</sup>, la dependencia económica de los proveedores industriales respecto a las Grandes Superficies se funda en este caso en los siguientes comportamientos<sup>69</sup>, derivados de la peculiar relación existente entre las partes contratantes, proveedores y distribuidores, que otorga a éstos una situación de privilegio ya que constituyen la única vía de

---

<sup>66</sup> DOWD, J. M., "Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input markets", 76 *B. U. L. Rev.* 1075 (1996), pág. 1086.

<sup>67</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 29 de abril de 2003, Expte. R 563/03.

<sup>68</sup> ALONSO-CORTÉS, A., "GS o el síndrome de dominancia aguda", *Expansión*, 19 de mayo de 2003, pág. 63.

<sup>69</sup> Este factor no sería por sí mismo constitutivo de una situación de dependencia económica, si no fuera unido a la inexistencia de alternativas equivalentes derivada del alto grado de concentración en el mercado de aprovisionamiento, en el que conviene no olvidar que el 91% de las ventas se negocian tan sólo en siete Grandes Superficies: Carrefour, Mercadona, Eroski, Alcampo, Ahold, y los dos centrales de compra Euromad e IFA.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

que disponen los primeros de hacer llegar sus productos al consumidor:

1) Cada una de las cadenas de distribución comercial suele referenciar en su catálogo cuatro marcas, dos ajenas (conocidas por el público) y dos propias (las llamadas "marcas blancas"), por categoría de producto:

- la marca líder
- la segunda en importancia
- su marca propia
- la marca más barata

Esta última suele estar producida en exclusiva para la cadena en cuestión, o es controlada por ella. Esta situación lleva a que el resto de las marcas de los demás industriales queden, de entrada, fuera del mercado.

2) Las dos marcas controladas por las Grandes Superficies (las marcas blancas y las exclusivas de la enseña) suelen gozar del privilegio de los llamados "puntos calientes" en los lineales de las cadenas de distribución, así como de la publicidad que es sufragada en su mayor parte por las dos marcas líderes.

3) En esta situación, y según sigue afirmando este autor, el caso *Eroski* desvela que "el riesgo de descatalogación total o parcial, de las marcas de los fabricantes obliga a éstos a aceptar pagos o condiciones sin contraprestaciones reales de las Grandes Superficies"<sup>70</sup>.

En efecto, veremos al final de este epígrafe una relación exhaustiva de cuáles son esas prácticas, pero interesa ahora detenernos en el hecho de que el deslistado por un distribuidor suele conllevar para el proveedor grandes dificultades para recuperar ese volumen de ventas que pierde, ya que lo habitual será que su producto ya esté presente en las estanterías de otros distribuidores y por tanto no puede recuperar a través de estos vía ventas adicionales. Además, el proveedor no sólo pierde el contrato de abastecimiento que tenía con la Gran Superficie sino toda la clientela del área geográfica en la que extiende su ámbito de influencia el distribuidor, pues como es bien conocido, los hábitos de consumo llevan a que la lealtad del consumidor no se centre en una determinada marca sino más bien en el establecimiento en el que hace sus compras regularmente.

Por el contrario, desde el lado del distribuidor, este deslistado se convierte en un arma que para nada le afecta ni puede volverse en su contra, ya que fácilmente puede encontrar una marca que reemplace a la otra, de características similares, y no sufrir en el proceso pérdida alguna de clientes. Sí es cierto que determinadas marcas notorias, o de reconocido prestigio (tipo Coca-Cola, Nestlé,

---

<sup>70</sup> ALONSO-CORTÉS, A., *Ibid.*





**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

Danone, etc.) tendrían un cierto poder de negociación que puede equilibrar el ostentado por la Gran Superficie. Aunque esto pueda ser así, y en ocasiones llevar a una imposibilidad por parte del distribuidor de imponer condiciones abusivas, hay que tener en cuenta que la inmensa mayoría de proveedores tienen un tamaño y un peso mucho menor.

Por su parte, en el mercado francés, la empresa de distribución CORA se valió de una opa sobre una empresa rival para obtener una serie de ventajas –con carácter retrospectivo- de sus proveedores, como por ejemplo contribuciones a campañas publicitarias sin contraprestación o la prolongación de los plazos de pago. Los métodos empleados para hacer efectivas sus pretensiones era ejercer presión sobre los proveedores de varias maneras, como por ejemplo ralentizar los pedidos, retirarles determinadas promociones o el temido deslistado (o descatalogación de productos).

Así mismo, los distribuidores LECLERC e INTERMARCHÉ fueron condenados por la obtención de ventajas por parte de sus proveedores sin contraprestación alguna, que incluían –vía los mismos métodos que en el caso anterior- rebajas de precios de los productos, contribuir a financiar nuevos centros comerciales o participación en campañas publicitarias de forma totalmente desproporcionada a la cuota de esos proveedores en la cifra global de ingresos por ventas de los distribuidores.

Finalmente, en Sentencia de 25 de noviembre de 1996, el Tribunal de Comercio de París (el equivalente a nuestro TDC) condenó al grupo INTERMARCHÉ a pagar 55 millones de francos a siete de sus proveedores, en concepto de reembolso por haber obtenido de ellos precios y modalidades de compra discriminatorias que no se justificaban por contrapartidas reales. Los hechos se remontan a principios de los años noventa, y se refieren a la participación de estas empresas en la financiación de la publicación *L'Argus de la distribution*, un catálogo que entonces presentaba unos 2.000 productos con sus respectivos precios, y tenía una tirada de 8 millones de ejemplares y una amplia distribución en las tiendas así como en los domicilios.

En 1991 se cambió la fórmula del catálogo para incorporar otros elementos informativos, como mostradores, paneles y carteles, que eran colocados a la entrada de todos los puntos de venta, y sin embargo los proveedores que financiaban este servicio (a cambio de garantizarles su presencia en el *Argus* y ver sus productos referenciados) siguieron participando igual que en el pasado, es decir pagando entre un 4,5 y un 7% de su volumen de negocio. Al permitir este sistema cobrar a Intermarché descuentos discriminatorios e injustificados, el Tribunal de Comercio entendió que se trataba de una infracción del art. 36 de la *Ordonnance* n° 86-1243, de 1 de



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

diciembre de 1986, *relative a la liberté des prix et de la concurrence*, a la que se ha hecho referencia en un epígrafe anterior.

Por último, y como conclusión a este estudio, vamos a reseñar las conclusiones obtenidas por el *Supermarket Report* que ya hemos comentado anteriormente, ya que se trata de un análisis exhaustivo y en profundidad de las situación de la cadena de distribución comercial de alimentos en el Reino Unido llevado a cabo en el año 2000 por la Office of Fair Trading (OFT) a través de la realización de estudios de mercado, envío de cuestionarios a todos los agentes del sector, entrevistas, etc., y que arroja algunas conclusiones muy reveladoras para nuestro tema de estudio.

Aunque el estudio se llevó a cabo con el fin de detectar prácticas abusivas en el mercado de ventas (fijación de precios excesivos, venta por debajo coste, prácticas de precios discriminatorios, etc.), hay también un interesante análisis de las prácticas abusivas en el mercado de aprovisionamiento, derivadas del poder de compra.

La situación del mercado inglés es fácilmente comparable al español, ya que en ambos casos un grupo pequeño de operadores controla una cuota de ventas relativamente elevada; en España, entre 5 grandes cadenas (Carrefour, Eroski, Mercadona, Alcampo y Ahold) alcanzan una cuota de aproximadamente 65% del mercado de aprovisionamiento, mientras que en el Reino Unido, entre 6 grandes cadenas (Tesco, Sainsbury, Asda, Somerfield, Safeway y Morrison) alcanzan una cuota agregada del 84% del mercado de ventas<sup>71</sup>.

Así, el mercado relevante a los efectos de la investigación<sup>72</sup> es el integrado por aquellos establecimientos en los que se llevan a cabo compras de alimentos con carácter regular, de superficie superior a 1.400 metros cuadrados, y cuyas isócronas se definen como de 10 minutos en área urbana y 15 en el resto de áreas.

Bajo el epígrafe “La naturaleza de las relaciones entre las partes (los distribuidores) y sus proveedores”, se detallan algunas de las conclusiones obtenidas fruto del envío de más de 800 cuestionarios y varias entrevistas a proveedores y sus representantes, muchos de los cuales “estaban temerosos de dar ningún tipo de información, y desde luego en absoluto si no era bajo garantía plena de confidencialidad” (Párrafo 2.295). Ya se ha hecho referencia –como única explicación posible de la total ausencia de denuncias y procedimientos incoados en esta materia- al temor a la represalia que pesa sobre los proveedores en sus relaciones

<sup>71</sup> Aunque hablemos de mercados distintos (el de ventas en un caso y el de compras en otro), las magnitudes dan una idea del grado de concentración existente en ambos países.

<sup>72</sup> *Supermarket Report*, Capítulo 2, Párrafo 53.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

comerciales con los grandes operadores de la distribución comercial. Insiste el *Supermarket Report*, en el epígrafe titulado "Algunas preocupaciones de los proveedores" en que el poder de compra de las grandes superficies era ejercido de forma alarmante en una amplia variedad e intensidad de formas, y que todas las pretensiones son siempre atendidas por el miedo al deslistado (Párrafo 2.303).

Dejando de lado las posibles prácticas abusivas en lo que el Informe califica "Primera situación de Monopolio" (el mercado *downstream* de ventas), vamos a centrar nuestra atención en las posibles prácticas abusivas llevadas a cabo en la "Segunda situación de Monopolio" (el mercado *upstream* de compras), reseñadas en los párrafos 2.460 a 2.536 y agrupadas en ocho categorías:

a) Exigir a los proveedores realizar pagos o concesiones dirigidas a obtener determinadas condiciones de venta:

- como requisito para incluir los productos en el catálogo de ventas.
- para conseguir una mejor posición en los lineales y estanterías.
- para aumentar la gama de productos vendidos.
- para participar en las promociones de productos.
- pagos que superan el coste que para el distribuidor suponen campañas o promociones.

b) Imponer a los proveedores determinadas condiciones relativas a sus relaciones comerciales con otros distribuidores:

- exigiendo la exclusividad en la venta del producto (que no es la marca propia del distribuidor).
- obligándole a no suministrar un producto a otro distribuidor que lo está vendiendo a un precio inferior.

c) Aplicar diferentes condiciones a las ofertas de los proveedores:

d) Imponer una distribución de riesgos comerciales no equitativa:

- exigiendo descuentos anticipados por los productos vendidos.
- exigiendo descuentos de forma retroactiva cuando, por culpa del distribuidor, se ha vendido el producto a un precio inferior al inicialmente acordado.
- exigiendo compensaciones económicas cuando los beneficios de la venta de un determinado producto han sido inferiores a los previstos.
- imponiendo al proveedor que asuma la diferencia en precio necesaria para igualar la oferta de otro distribuidor.
- imponiendo la recompra de los productos no vendidos, y asumir los gastos de la retirada de productos.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

- exigiendo apoyo financiero a un proveedor si una campaña promocional del distribuidor no ha alcanzado los objetivos previstos.
- cargando sobre el proveedor los gastos derivados de quejas y reclamaciones de los clientes, sin ofrecer ningún tipo de justificación escrita, y aún en el caso de que la responsabilidad fuera del distribuidor.
- obligando al proveedor a asumir los gastos de desempaqueado o etiquetado de productos que había encargado el distribuidor para una determinada promoción, y que no ha llegado a vender.

e) Imponer cambios retroactivos en las condiciones contractuales:

- en recibos pendientes de pago a los proveedores.
- retrasos en los pagos desde la fecha del recibo.
- cambiando las cantidades o las especificaciones previamente acordadas de un producto, con un aviso inferior a 3 días y sin ningún tipo de compensación económica al proveedor por los gastos en que haya incurrido.
- obligando a los proveedores al mantenimiento de un precio de almacén que había sido acordado para órdenes anteriores de mayor volumen.
- encargando de más productos a un precio promocional que luego son vendidos a precio normal, sin compensación para el proveedor.
- llevando a cabo una promoción comercial sin el consentimiento del proveedor y exigiéndole después apoyo financiero para la misma.

f) Restringir el acceso de los proveedores al mercado (deslistado).

g) Transferir cargas y gastos a los proveedores:

- exigiendo la financiación de instalaciones, visitas promocionales, decoración de los locales, investigaciones de mercado, participación en ferias, alojamiento o viajes para el personal, etc.
- trasladando al proveedor los gastos de las desavenencias en el suministro cuando no se llega a un acuerdo sobre la responsabilidad de las mismas.
- introduciendo cambios en la cadena de distribución que pueden presumiblemente aumentar los costes de suministro para el proveedor, sin compensarle económicamente, o si suponen ahorros de coste para el distribuidor, sin compartir las ganancias obtenidas.



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

- obligando al proveedor a asumir los costes derivados de cuando un producto no reúne las especificaciones exigidas, cuando la responsabilidad puede haber sido del proveedor (por deficiencias en el manejo de la mercancía, o una insuficiente rotación de stocks).
- exigiendo a los proveedores asumir el coste de cambios en los sistemas de identificación de los productos (código de barras) o el envasado de paquetes promocionales de producto (a precio inferior a la unidad).
- "invitando" a los proveedores a contribuir económicamente en actividades caritativas o de beneficencia.

**h) Imponer a los proveedores la contratación con terceros designados por los distribuidores:**

- exigiendo que las actividades de transporte, empaquetado, almacenamiento, etc., las lleven a cabo empresas designadas por los distribuidores.
- dando instrucciones a dichas empresas a no admitir otros productos que no sean los del distribuidor.

La conclusión a la que se llega (Párrafo nº 2.537) es que estas prácticas, cuando se llevan a cabo por empresas de distribución comercial que gozan de poder de mercado por el lado de la demanda pueden alterar de forma negativa la situación competitiva de sus proveedores, restringiendo o falseando la competencia en el mercado del aprovisionamiento de productos para reventa en establecimientos comerciales de tipo Gran Superficie.

Por la misma razón, y así puede deducirse fácilmente de la simple lectura de este catálogo de prácticas comerciales, cuando estas prácticas tienen lugar en el seno de una relación comercial entre partes que disfrutan de una cierta simetría en cuanto a su poder de negociación, no deben representar ningún obstáculo para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de la distribución comercial, lo que no prejuzga la intervención –si es necesario- de la autoridad jurisdiccional ordinaria para resolver los eventuales conflictos que surjan entre las partes.



## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SOTO, R., "Supuestos de competencia Desleal por venta a pérdida y discriminación", en *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Madrid, 1992, págs. 81 y ss.

— La venta con pérdida en la Ley del Comercio, Madrid, 1999.

— La prohibición de la venta a pérdida, Cámara de Comercio Madrid, 1997.

BLAIR, R. y HARRISON, J., "Antitrust Policy and Monopsony", *76 Cornell L. R.* 297 (1991).

CRUZ ROCHE, "La venta a pérdida en las relaciones fabricante-distribuidor" CDC, 1997, págs. 102 y ss.

— "Concentración y competencia en los canales de distribución de productos alimenticios", *Papeles de Economía Española*, nº 96, 2003.

CURTIN, J.; GOLDBERG, D. y SAVRIN, D., "The European Commission's rejection of the KESKO / TUKO Merger: Leading the Way to the Application of a 'Gatekeeper' analysis of Retailer Market Power under U. S. Antitrust Laws", *40 B. C. L. Rev.* 537 (1999).

DOBSON, P.; WATERSON, M. y CHU, A., "The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power", Office of Fair Trading, *Research Paper nº 16*, Septiembre 1998.

DOWD, J. M., "Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input markets", *76 B. U. L. Rev.* 1075 (1996).

ESTEBAN, A. y LLANOS MATEA, M., "Transformaciones estructurales, precios y márgenes en el sector de distribución al por menor de alimentos", *Boletín Económico*, Banco de España, Junio 2003.

GARCÍA MARTÍNEZ, R., "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley Española de Defensa de la Competencia", *Revista del Poder Judicial*, nº 64, Cuarto Trimestre 2001.

FENTON, K., "Antitrust Counseling in Group Buying Issues", *12-SPG Antitrust* 23 (1998), págs. 26 y ss.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A., "Libre competencia y precios predatorios, análisis jurídico del problema y ...", *La Ley*, 1993, págs. 1089 y ss.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1999.

MASSAGUER FUENTES, J., "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", *Estudios*



**Publicación prevista en *Anuario de la Competencia 2003***

de *Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta*, Tomo II, Valencia 1995, págs. 2203 a 2268.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La Competencia Desleal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Ed. Civitas, Madrid 1988.

NAVARRO VERONA, E. Y GONZÁLEZ DURANTEZ, H., "Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia a las Grandes Superficies de Distribución Minorista", en AA.VV., *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación*, Vol. IV, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 41 a 63.

OSTI, C., "L'abuso di dipendenza economica", *Mercato concorrenza regole*, Año I, nº 1, 1999, págs. 38 y ss.

OTERO LASTRES, J. M., "La venta con pérdida tras la entrada en vigor de la LOCM", *La Ley*, 1996, pág. 1464.

OVERD, A., "Buyer Power", *ECLR*, Vol. 22 (6), 2001.

PAZ-ARÉS, C., "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981.

PELLISÉ CAPELL, J., *Mercado Relevante, Posición de Dominio y otras cuestiones que plantean los Artículos 82TCE y 6 LEDC*, Pamplona, 2002.

PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, J., "La Explotación Abusiva de la Situación de Dependencia Económica en la Ley de Defensa de la Competencia: Examen Crítico del Nuevo Precepto", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y e la Competencia*, núm. 205, Enero / Febrero 2000, págs. 33 a 40;

PRIETO KESSLER, E.: "Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y e la Competencia*, núm. 205, Enero / Febrero 2000, págs. 22 a 32;

SÁNCHEZ CALERO, "La venta a pérdida como supuesto de competencia desleal", *RGD*, 1993, pág. 10343 y ss.

VOGEL, L., "Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe", *ECLR*, Vol. 19 (1), 1998.

ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.