

La restricción de la competencia por el objeto y los acuerdos verticales de fijación de precios: el caso «Super Bock» (1)

Laura González Pachón

*Profesora Contratada Doctora
Universidad de Valladolid*

El estudio se centra en el análisis de los principios que jurisprudencialmente se vienen aplicando a las prácticas restrictivas de la competencia del artículo 101.1 TFUE, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se producen. Lo relevante de este estudio radica en la incorporación de estos principios en el ámbito de los acuerdos verticales donde se fijan precios entre un proveedor y sus distribuidores independientes, a fin de determinar si pueden ser considerados como una restricción de la competencia por el objeto.

Competencia, prácticas colusorias, acuerdos verticales, concepto de restricción de la competencia por «el objeto», examen del grado de nocividad para la competencia.

The study is focused on the analysis of the principles that have been jurisprudentially applied to restrictive practices of the competence of art. 101.1 TFEU, taking into account the legal and economic context in which they take place. The relevance of this work lies in the application of these principles in the field of vertical agreements where prices are fixed between a supplier and its independent distributors, in order to determine whether they can be considered as a restriction of competition by the object.

Competition, agreements, decisions and concerted practices, vertical agreements, existence of a restriction of competition by object, powers to issue an order — respect for the principles of proportionality and legal certainty.

I. Introducción: Los hechos del litigio nacional

El 29 de junio de 2023, el TJUE se pronunció en el asunto C-211/22- Super Bock Bebidas, S.A. (en adelante Super Bock), (2) reiterando el marco jurídico aplicable a los acuerdos verticales de fijación de precios en virtud del Derecho de la competencia y, de manera especial, a partir de una consolidada jurisprudencia en la UE.

La sentencia aborda las restricciones de objeto en el Derecho de la competencia y su impacto en la interpretación del Reglamento de Exención por Categorías Verticales (RECAV) (3) así como, en la medida en que los acuerdos verticales limitados al territorio de un solo Estado miembro pueden afectar al mercado interior.

A tenor de los hechos probados, la empresa Super Bock se dedica a la fabricación y comercialización de bebidas, más concretamente, de cervezas, aguas embotelladas, refrescos, té helados, vinos, sangrías y sidras, que distribuye en Portugal a través de dos canales: el canal de alimentación (canal «off-trade») y el canal llamado HoReCa (canal «on-trade»). En lo que atañe al primero de ellos, al canal de alimentación, está relacionado con las compras en hipermercados, supermercados, locales de mayoristas, tiendas tradicionales y tiendas de descuento para consumo en el hogar. En este caso, Super Bock aplicaba su política comercial de forma directa, es decir, efectuaba directamente el suministro a un conjunto restringido de clientes, denominados clientes directos o grandes clientes minoristas que, por lo general exigían negociar directamente con Super Bock debido, principalmente, al volumen de sus compras. En cuanto al segundo canal, el canal llamado HoReCa, on-trade, este se relacionaba con las compras en hoteles, restaurantes y cafeterías para consumo fuera del hogar, recurriendo mayoritariamente a una red de distribuidores independientes que compraba sus productos para revenderlos principalmente en territorio nacional, salvo en las áreas indicadas a continuación en las que Super Bock efectuaba de forma directa la distribución: Lisboa, Oporto, Madeira, hasta 2013 Coímbra, y desde 2014 las islas Faial y del Pico, en las Azores.

Centrándonos en este último canal de distribución, que es precisamente sobre el que versa el comportamiento controvertido en el litigio principal, este cumplía la función de efectuar las compras de bebidas destinadas a hoteles, restaurantes y cafés siempre para consumo fuera del hogar. Para lograr la distribución a través de dicho canal en Portugal, Super Bock concluyó acuerdos de distribución exclusivos con distribuidores independientes, quienes revendían las bebidas compradas a Super Bock en la práctica totalidad del territorio portugués, con la excepción de zonas abastecidas mediante ventas directas realizadas por Super Bock mencionadas anteriormente.

Según los hechos que el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial considera acreditados, al menos durante aproximadamente 11 años, Super Bock fijó e impuso de manera regular, generalizada y sin modificación alguna a todos los distribuidores, las condiciones comerciales que debían respetarse al revender los productos que les vendía. De esta manera, Super Bock fijó precios mínimos de reventa con el fin de garantizar el mantenimiento de un nivel de precios mínimo estable y alineado en el conjunto del mercado nacional. A tal efecto, la dirección de ventas de Super Bock aprobaba, por regla general cada mes, una lista de precios mínimos de reventa, de manera que los responsables de red o de mercado de Super Bock transmitían estos precios de reventa a los distribuidores, ya fuera verbalmente, ya por escrito, generalmente a través de correo electrónico.

A todo ello hay que sumar que los distribuidores, en el marco de un sistema de control y seguimiento establecido por Super Bock, tenían la obligación de comunicar al proveedor los datos relativos a la reventa (por ejemplo, en términos de cantidades y de importes). Resulta de especial importancia para el caso que nos ocupa, las consecuencias a las que se exponían los distribuidores si no respetaban los precios u otras condiciones comerciales fijadas, ya que podía llegar a producirse desde la supresión de los incentivos financieros (por ejemplo, descuentos comerciales sobre la compra de productos y el reembolso de los descuentos aplicados por ellos en la reventa), hasta la cesación del suministro y de la reposición de existencias. Se arriesgaban, además, a perder la garantía de márgenes de distribución positivos que se les concedía en el marco de dichas condiciones comerciales.

La autoridad de defensa de la competencia consideró que esta práctica de fijación, por medios directos e indirectos, de los precios y de otras condiciones aplicables a la reventa de productos por la red de distribuidores independientes en la práctica totalidad del territorio portugués, constituía una infracción de las normas de competencia, en el sentido del artículo 9.1 a), de la Ley nº 19 /2012 por la que se establece un nuevo marco jurídico de la competencia y del artículo 101.1 a) TFUE. En consecuencia, impuso multas no solo a Super Bock, sino también a un miembro de su Consejo de administración y a un jefe de su departamento comercial.

La sentencia del Tribunal fue recurrida ante el Tribunal de Apelación de Lisboa, que decidió suspender el procedimiento y plantear una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE. Estas cuestiones prejudiciales son muy extensas y están sujetas a algunas críticas por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (véanse los párrafos 20 a 25 y 45). La consulta se refería fundamentalmente a: *i*) si la imposición de precios mínimos de reventa por un proveedor a sus distribuidores constituye un acuerdo al efecto del Derecho de la competencia; *ii*) si se necesitan pruebas directas para demostrar la existencia de un acuerdo; *iii*) la interpretación del concepto de restricción por el objeto y si el mantenimiento del precio de reventa debe considerarse como tal, o en qué condiciones; y *iv*) si un acuerdo que abarca casi la totalidad del territorio portugués, pero no la totalidad, puede afectar al comercio entre los Estados miembros.

La petición de decisión prejudicial da origen a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de abril de 2023 objeto del presente estudio.

II. Potencial anticompetitivo de los acuerdos verticales puestos en relación con los acuerdos de distribución exclusiva

Se ha de señalar que la delimitación del acuerdo vertical con otras figuras afines puede resultar relativamente evidente. Como es sabido, el contenido de los acuerdos verticales encuentra su fundamento en el art. 101.1 TFUE entendiendo por tales acuerdos, a los efectos del art. 1 a) del vigente Reglamento 2022/720 de Exención por Categorías para Acuerdos Verticales (RECAV), como aquellos acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en niveles distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden comprar, vender o revender determinados productos o servicios. Se trata, en definitiva, de operaciones de compra o venta de bienes o servicios, cuando dichos acuerdos se celebren entre empresas no competidoras, entre determinados competidores o por determinadas asociaciones de minoristas de bienes. Incluye asimismo los acuerdos verticales que contengan disposiciones accesorias sobre cesión o explotación de derechos de propiedad intelectual (4).

De manera general, se advierte que el concepto de acuerdo vertical abarcaría diversos modelos de contrato vinculados a los llamados *contratos de distribución comercial*, entre los que podemos situar, entre otros, a los acuerdos de marca única, los acuerdos de compra exclusiva, los acuerdos de venta en exclusiva, los acuerdos de franquicia y los acuerdos de distribución selectiva (5). Es precisamente en relación con estos últimos donde podemos encontrar algunas características especiales atendiendo al sector en el que nos encontremos (como, por ejemplo, automóviles y recambios, petróleo o cerveza).

Por otra parte, a fin de delimitar conceptualmente el acuerdo vertical, podemos relacionarlo de una parte, con la *integración vertical*, donde el productor de bienes o servicios comercializa utilizando su propia red de establecimientos o filiales y, de otra, con los *acuerdos de agencia* en los que un comerciante actúa bajo supervisión y mandato del empresario principal que controla en última instancia el número, condiciones y destino de las ventas asumiendo el riesgo de estas. En este punto cabe señalar que el acuerdo vertical reuniría a un productor o mayorista de bienes o servicios con diversos distribuidores independientes que adquieren las mercancías, establecen sus propios medios para acceder a los consumidores a distribuidores minoristas que revenden o prestan el servicio corriendo con el riesgo comercial de la operación.

Siguiendo con esta línea explicativa, puestos en relación los acuerdos verticales con los acuerdos de distribución exclusiva, se evidencia el peligro que esta fórmula puede suponer, ya que este tipo de pactos presenta como riesgo principal la disminución de la competencia intramarca (aquella que se produce entre los distintos distribuidores de un mismo producto), así como la posible partición o compartimentalización del mercado con la posibilidad de facilitar una discriminación en precios, como resulta en el caso que nos ocupa (6). El potencial anticompetitivo de los acuerdos verticales estará proporcionalmente relacionado, con el poder que tenga en el mercado el proveedor o el comprador o incluso ambos y, desde luego el ámbito en el que se producen, como por ejemplo el

sector tecnológico donde la aparición de gigantes tecnológicos guarda una estrecha relación (aunque no absoluta) con los acuerdos verticales (7) .

La distribución exclusiva presenta todavía otros riesgos potenciales para el mercado si se combina con la marca única o con acuerdos de compra exclusiva. En este sentido, no debemos obviar que los acuerdos de compra exclusiva pueden suponer una obligación adicional a cargo de los distribuidores, en el sentido de comprar necesariamente los suministros de una determinada marca a un único proveedor o fabricante. En estas circunstancias se elimina con ello la posibilidad de suministrarse por otros distribuidores, pudiendo generarse como consecuencia de ello, una limitación de la competencia intramarca donde el proveedor o fabricante podría imponer condiciones de venta desiguales.

Coincide la doctrina en destacar el interés que originariamente manifestó el Derecho de la Competencia hacia el análisis de las relaciones entre competidores, si bien, no tardó en ponerse de relieve los potenciales efectos perjudiciales que sobre la competencia representaban también los acuerdos verticales (Sentencia de TJUE de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig c. Comisión (8)).

Cabe advertir que, en lo que a la normativa reguladora de los acuerdos verticales se refiere, se ha detectado una notable inquietud en la Unión Europea, desde los últimos años, puesta de manifiesto especialmente en relación con el sector de bienes duraderos. (9) Fruto de esta preocupación, el Informe anual de la Comisión sobre la política de competencia de 2022, (10) puso de relieve la importancia de las estrategias de distribución debido en gran medida al notable crecimiento de los sistemas de distribución selectiva. Como consecuencia de ello, la Comisión adoptó en el año 2022 un nuevo Reglamento de Exención por Categorías de Acuerdos Verticales (11) , acompañado de las nuevas Directrices relativas a las Restricciones Verticales (12) , que pretenden ayudar a las empresas a evaluar la compatibilidad de sus acuerdos de suministro y distribución con las normas de competencia de la UE. Al regular los acuerdos verticales entre empresas situadas en distintos niveles de la cadena de producción o distribución, el RECAV establece ahora un marco legal seguro, al fijar los requisitos para que este tipo de acuerdos puedan declararse exentos de la prohibición prevista en el artículo 101.3 TFUE y, por tanto, compatibles en principio con las normas de defensa de la competencia. Estas normas han tenido en cuenta los cambios producidos en el mercado, entre ellos el aumento de las ventas en línea y la aparición de nuevos agentes, como las plataformas. Una mayor claridad y transparencia pueden ayudar a las empresas a lograr el cumplimiento a un menor coste, lo que resulta especialmente beneficioso para las pequeñas y medianas empresas.

III. Los acuerdos verticales implícitamente aptos para infringir el Derecho de la competencia

Partiendo del análisis de los acuerdos de distribución exclusiva entre la empresa Super Bock y sus distribuidores independientes, en particular de los acuerdos de fijación de precios mínimos de reventa, resulta necesario valorar *prima facie*, si estos acuerdos pueden ser considerados como *acuerdos implícitamente aptos* para infringir el Derecho de la competencia.

Para ello se requiere considerar en primer lugar, si a la vista del contenido de estos, estamos en presencia de verdaderos *acuerdos*, en el contexto del art. 101.1 TFUE y, en segundo lugar, sobre la base del principio de efectividad, determinar el alcance de la carga de la prueba de estos acuerdos en relación con infracciones del Derecho de la competencia.

En lo que a la existencia misma del acuerdo se refiere, la etimología de la palabra, en principio, nos lleva a concluir que para que exista un acuerdo se requiere la concurrencia de voluntades de al menos dos partes, no obstante, y ya en el ámbito de acuerdos concurrenciales, cabe la posibilidad de encontramos ante escenarios de expresión unilateral de una de las partes del contrato de distribución, cuando la otra parte *se adhiera* o *tácitamente* muestre su conformidad. La sentencia del TJUE en el caso Super Bock viene a confirmar la existencia de un acuerdo en estos términos, al

decir en el apartado 2 de su fallo que «*el artículo 101.1 TFUE debe interpretarse en el sentido de que existe un acuerdo, cuando un proveedor impone a sus distribuidores precios mínimos de reventa de los productos que comercializa, en la medida en que la imposición de esos precios por el proveedor y su respeto por los distribuidores reflejan la voluntad concordante de esas partes*». De igual modo, una interpretación literal del 101.1 TFUE debe llevarnos a la conclusión de que cuando el legislador alude a la *decisión de asociaciones de empresas y prácticas concertadas*, lo que pretende es que se prohíba cualquier forma de coordinación del comportamiento de los competidores en el mercado en perjuicio de los consumidores, sin que la forma de coordinación, en principio, sea relevante (13) .

No nos encontraríamos, en consecuencia, ante un acto meramente unilateral sin participación alguna de los distribuidores, pese a la queja de estos manifestada en el sentido de no estar conformes con los precios fijados, si más adelante se observó que los precios mínimos de reventa se mantuvieron y fueron respetados por los distribuidores. A *sensu contrario*, no podríamos hablar de acuerdo, con los efectos del Derecho de la competencia de la UE, si el fabricante o el proveedor impone precios mínimos de reventa y ningún distribuidor sigue sus instrucciones.

Todo ello nos lleva a entender que la voluntad concordante puede resultar tanto de cláusulas del contrato de distribución de que se trate, cuando contenga una invitación expresa a respetar precios mínimos de reventa o, al menos, autorice al proveedor a imponer tales precios, como del comportamiento de las partes y, en particular, de la eventual existencia de un consentimiento, expreso o tácito, de los distribuidores a una invitación de respetar precios mínimos de reventa.

Ante todo conviene hacer notar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones acerca del significado que debe darse al término «acuerdo» a los efectos del mencionado precepto, considerándose con carácter general que basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad *común* de comportarse de una determinada manera en el mercado para entender que existe entre ellas un pacto susceptible de ser considerado como anticompetitivo (14) . Un acto o un comportamiento aparentemente unilateral constituye un acuerdo, en el sentido del artículo 101.1 TFUE cuando sea la expresión de la voluntad concordante entre por lo menos dos partes no siendo determinante *per se* la forma en que se manifiesta dicha concordancia (15) .

Con estas premisas, el Tribunal de Justicia añade que «el hecho de que un proveedor transmita regularmente a los distribuidores listas en las que se indican los precios mínimos determinados por él y los márgenes de distribución, así como el hecho de que les pida que los respeten, bajo su supervisión, so pena de medidas de represalia y a riesgo de que, en caso de incumplimiento de dichas medidas, se apliquen márgenes de distribución negativos, son otros tantos elementos que pueden llevar a concluir que dicho proveedor pretende imponer a sus distribuidores precios mínimos de reventa. Si, por sí solos, estos hechos parecen reflejar un comportamiento aparentemente unilateral del proveedor, no sucedería lo mismo si los distribuidores, una vez más, hubieran respetado esos precios. Así, las circunstancias de que en la práctica, los precios mínimos de reventa sean seguidos por los distribuidores o de que su indicación sea solicitada por estos últimos, quienes, pese a quejarse ante el proveedor de los precios indicados, no aplican otros por iniciativa propia, podrían reflejar el consentimiento de los distribuidores a la determinación de precios mínimos de reventa por el suministrador».

Por otra parte, en la medida en que se acredite la existencia de un acuerdo que infrinja el art. 101.1 TFUE, de conformidad con los criterios expuestos en tal disposición, la apreciación de la autoridad encargada de su aplicación en cuanto a la imputación de la responsabilidad de la infracción a las partes de dicho acuerdo no puede influir, en principio, en la constatación de esa infracción.

Llegados a este punto sobre la base del principio de efectividad, es necesario determinar, si quiera someramente, el alcance de la carga de la prueba de estos acuerdos en relación con las infracciones del Derecho de la competencia.

Así, para acreditar la existencia misma de acuerdos verticales que lesionen la competencia, se aplicará el principio de autonomía procesal en virtud del cual los Estados miembros son competentes para establecer las normas que rigen la prueba, siempre que se respetan los principios de efectividad y equivalencia. Por consiguiente, las normas procesales nacionales no deben ser menos favorables ni dificultar en exceso el ejercicio de los derechos conferidos por los tratados (16) . En este sentido se afirma que «autonomía procesal de los Estados miembros» ha dejado de ser una realidad sólida y de contenido razonablemente preciso, para convertirse en algo que se define más bien en sentido negativo, como aquello no cubierto por los principios de equivalencia y efectividad (17) .

La existencia de un acuerdo puede deducirse de una serie de contingencias e indicios que, considerados en su conjunto y a falta de cualquier otra explicación plausible, puedan constituir la prueba de una infracción de las normas sobre competencia. En resumen, un acuerdo vertical entre un proveedor y sus distribuidores también puede probarse a través de indicios, cuando no se presenta ninguna explicación razonable alternativa. En el caso objeto de análisis se deduce la existencia de un acuerdo en los términos del art. 101.1 TFUE relativo a precios mínimos de reventa sobre la base de coincidencias e indicios concordantes, puesto que de ello puede inferirse que un proveedor haya invitado a sus distribuidores a seguir tales precios (más allá de la reticencia manifestada por estos últimos) y que en la práctica estos hayan respetados los precios indicados por el proveedor (18) .

IV. Restricciones especialmente graves y acuerdos verticales de fijación de precios

Cabe recordar que el art. 101.1 TFUE prohíbe tanto los acuerdos horizontales como los verticales que tengan por *objeto* o alternativamente por *efecto* restringir la competencia. Como es sabido, las restricciones de la competencia por objeto son restricciones que, por su propia naturaleza, tienen el potencial de restringir la competencia, lo que nos lleva a dos consideraciones preliminares: en primer lugar, una vez que un acuerdo se clasifica como una restricción por *objeto*, no es necesario evaluar los efectos reales del acuerdo y, en segundo lugar, las partes en el acuerdo ilícito tienen que demostrar que sus conductas, tal y como se describen en el art. 101.3 TFUE, pueden quedar exentas de la prohibición establecida en el art. 101.1 TFUE, lo cual resulta bastante difícil.

En este contexto, debe señalarse que algunas prácticas que generalmente constituyen restricciones de la competencia por el objeto son identificadas por la Comisión en sus comunicaciones, directrices y exenciones por categorías como *restricciones especialmente graves*. Se presume que tales restricciones infringen el art. 101.1 TFUE y que no cumplen los criterios establecidos en el art. 101.3. TFUE. En efecto, una vez que se ha establecido que un acuerdo en particular contiene una restricción especialmente grave, el acuerdo no puede beneficiarse automáticamente en ninguno de los Reglamentos de Exención por Categorías de la Comisión.

Pues bien, a tenor del art. 4, a) del Reglamento relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, se establece que la exención prevista en su art. 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, *tengan por objeto restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta*, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. En consecuencia, este tipo de acuerdos, en donde se establecen *acuerdos de mantenimiento de precio de reventa* mínima son restricciones especialmente graves y por lo tanto se presume que infringen el art. 101.1 TFUE por su objeto.

En este punto cabe advertir que si bien podría existir la posibilidad de que estos acuerdos quedaran exentos de la aplicación del art. 101.1 TFUE a través de una defensa de eficiencia del art. 101.3 TFUE, esto es, caso por caso, las posibilidades de que finalice con éxito son más bien

escasas. Traemos aquí el caso *SA Binon and Company* contra *SA Agence et Messageries de la Presse* (19) donde se trataba valorar la legalidad de una cláusula de un sistema de distribución selectivo que permitía al distribuidor fijar precios y hacerlos cumplir a los minoristas. El TJUE dictaminó en este caso que cualquier acuerdo de fijación de precios constituye en sí mismo una restricción de la competencia y, por lo tanto, está prohibido por la articulación 101.1 TFUE. En consecuencia, es poco probable que este tipo de acuerdos puedan acogerse a la exención en virtud del Reglamento, así como a la defensa de la eficiencia en virtud del art. 101.3 TFUE.

Si volvemos al examen de la sentencia del TJUE sobre el caso *Super Bock*, se viene a aclarar, una vez más, que los conceptos de «restricción especialmente grave» y de «restricción por el objeto» no son conceptualmente intercambiables por no resultar necesariamente coincidentes. En estos términos ya se pronunció la célebre sentencia *COTY* (20) donde se analizaba la aplicación general del Reglamento de Exención, en relación con determinadas restricciones verticales en el ámbito de un sistema de distribución selectiva, tanto para el caso de bienes de lujo como bienes no de lujo. En este caso, el TJUE analizó en primer lugar, la distinción que evaluaba si la restricción impuesta por un fabricante a sus minoristas, prohibiéndoles vender a través de plataformas de terceros para preservar la imagen de lujo de los productos, podía considerarse una restricción de la competencia por el objeto, en el sentido del art. 101.1 TFUE. A su vez, el TJUE valoró la posibilidad de que tal restricción estuviera contenida en el ámbito de aplicación de las restricciones pasivas a las ventas tal y como se describe en el art. 4 b) Reglamento 330/2010. El hecho de que el TJUE llevara a cabo un análisis de estas dos cuestiones de manera separada supuso implícitamente reconocer que la equivalencia de los dos conceptos, «restricción especialmente grave» y «restricción por el objeto» no está justificada sin declarar explícitamente esta conclusión.

El Tribunal vino a considerar que la prohibición de recurrir de forma evidente a ventas en internet a través de terceros dentro de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo no supone una restricción por el objeto de clientela ni de ventas. Es importante señalar llegados a este punto, que el TJUE enmarca su decisión en el contexto de un sistema de distribución selectiva de productos de lujo, y en algunos puntos de la sentencia lo contrapone a aquellos productos de no lujo.

En relación con la sentencia *Super Bock*, se confirma de nuevo esta distinción establecida por el TJUE afirmando que la clasificación de fijación de precios mínimos con una restricción especialmente grave en virtud del Reglamento VBER, no implica inherentemente que constituya una restricción por el objeto. Para llegar a esta conclusión, se requiere un análisis contextual del grado de nocividad de la competencia. El Tribunal de Justicia deja claro que una restricción por el objeto solo puede establecerse después de considerar el contenido del acuerdo, el contexto económico y jurídico del caso, así como la naturaleza de los bienes y servicios afectados (21). Con esta decisión, el TJUE se ha limitado a aplicar, por primera vez, los principios del Derecho de la UE establecidos desde hace mucho tiempo, a los acuerdos verticales de fijación de precios con lo que se corrobora el carácter no estático del Derecho de la competencia.

A modo de conclusión, se confirma que un acuerdo de fijación vertical de precios puede considerarse como una restricción por el objeto, lo que no supone necesariamente que constituya intrínsecamente una violación del Derecho de la competencia. Debe realizarse un análisis caso por caso para determinar el alcance del perjuicio que el acuerdo supone para la competencia, es decir, evaluando el contenido del acuerdo en sus objetivos, el contexto económico y jurídico en el que se inscribe (pilares jurídicos necesarios para establecer una restricción de la competencia por el objeto). El hecho de que un acuerdo esté comprendido en la categoría de restricciones especialmente graves a efectos del Reglamento de Exención por Categorías no autoriza su calificación automática como restricción por el objeto ya que los conceptos de «restricciones especialmente graves» y de «restricción por el objeto» no son conceptualmente intercambiables y no se solapan necesariamente. Es importante destacar que la sentencia del TJUE no es menos estricta por estar en juego acuerdos verticales, es más, el Tribunal precisó que el hecho de que los acuerdos de verticales tiendan a ser menos restrictivos que los acuerdos horizontales no excluye la posibilidad de declarar la existencia de una restricción de la competencia por el objeto. Por lo

tanto, los acuerdos verticales también pueden tener un potencial restrictivo particularmente significativo (22) .

Por otra parte, la necesidad de tener en cuenta el contexto económico y jurídico del acuerdo potencialmente restrictivo también resulta pertinente para que se cumpla el requisito de efecto sobre el comercio dentro de los Estados miembros, en particular para los acuerdos que cubren sólo una parte del territorio del Estado.

En resumen, de manera general, se ha de señalar que el concepto de restricción de la competencia por el objeto debe interpretarse de manera restrictiva y no puede ser presumido por las autoridades o los tribunales de competencia. Corresponderá en todo caso al órgano jurisdiccional remitente, en este caso al portugués, determinar si sobre la base de pruebas fácticas concretas es probable que los acuerdos en cuestión infrinjan el Derecho de la competencia. Para ello, la prueba de una infracción del Derecho de la competencia de la Unión Europea podrá alcanzarse mediante indicios objetivos y concordantes siempre que no exista otra explicación plausible para el comportamiento contrario a la competencia.

-
- (1)** El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto «La consolidación de la revolución digital y sus desafíos: adaptación de las estrategias competitivas de los operadores económicos y de las normas ordenadoras de los mercados». PID2022- 139741OB-C21.

Ver Texto

- (2)** Asunto C-211/22: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Lisboa (Portugal) el 17 de marzo de 2022 – Super Bock Bebidas, S.A., AN, BQ/ Autoridade da Concorrência (OJ C, C/266, 11.07.2022, p.8, CELEX. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62022CN0211>

Ver Texto

- (3)** Actualmente el Reglamento en vigor es el Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 134 de 11.5.2022, p. 4).

Ver Texto

- (4)** Es importante destacar la valoración positiva que la Comisión hace del precedente Reglamento (CE) 330/2010 de la Comisión, así como de su aplicación. Precisamente, teniendo en cuenta esta experiencia y la evolución del mercado con el crecimiento del comercio electrónico y de los nuevos tipos de acuerdos verticales o los tipos de acuerdos verticales más frecuentemente utilizados, se adoptó el vigente Reglamento 2022/720 de Exención por Categorías para Acuerdos Verticales (RECAV).

Ver Texto

- (5)** ECHEBARRÍA SAENZ, «Acuerdos verticales», en *Diccionario de Derecho de la competencia*, Madrid, 2006, pág. 122 y ss.

Ver Texto

- (6)** De manera paralela habrá que tener en cuenta que en los casos de competencia intermarca (derivada de la existencia en el mercado de distintas marcas para un mismo producto que compiten entre sí), si resultara insuficiente, los acuerdos de distribución exclusiva podrían provocar una fragmentación del mercado o incluso fomentar la creación de cárteles entre productores y distribuidores como peligros relacionados con el potencial anticompetitivo de estos acuerdos verticales.

Ver Texto

- (7) En este punto se han de destacar las reflexiones de ZURIMENDI ISLA, «Especial Derecho de la competencia y la digitalización ¿necesitamos otro derecho de la competencia?» *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 26, 2020, pág.9 y ss.

Ver Texto

- (8) La sentencia del TJUE de 13 de julio de 1966, asunto Consten y Grundig c. Comisión ECLI:EU:C:1966:41 ya establecía que «si bien la competencia entre fabricantes generalmente es más patente que la que se da entre distribuidores de la misma marca, ello no implica que un acuerdo que persigue restringir esta última deba quedar excluido de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 por el mero hecho de que pueda intensificar la primera». No obstante, respecto de los problemas teóricos y prácticos suscitados a raíz de la publicación de esta sentencia, *vid.*, ALFARO, Delenda est Consten-Grundig o por qué Europa necesita un Bork, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1545891, pág. 2 y ss.

Ver Texto

- (9) *Vid.*, SORIANO IZQUIERDO, «Las restricciones verticales, especial referencia a La distribución selectiva: un enfoque económico, jurídico y práctico», ADC, 2018, pág.296 y ss. En este escenario los fabricantes compiten directamente con la red de distribución, pudiendo modificar las condiciones contractuales de la relación de distribución vertical, lo que sitúa a los distribuidores en una situación de desventaja competitiva pudiendo llegar a expulsar a las pymes.

Ver Texto

- (10) Informe anual sobre la política de competencia de 2022 al Parlamento Europeo, al Consejo de la Unión Europea, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DC0184

Ver Texto

- (11) Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión, de 10 de mayo de 2022, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 134 de 11.5.2022, p. 4).

Ver Texto

- (12) Comunicación de la Comisión: Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 248 de 30.6.2022, p. 1).

Ver Texto

- (13) *Vid.* en este sentido, ALFARO, *op.cit.* pág. 5 al decir que de conformidad al art. 101.1 TFUE debe entenderse por decisión de asociaciones de empresas «aunque la fuente de la coordinación no sea un acuerdo explícito entre los competidores como sino una decisión de una asociación empresarial que reúna a los competidores o no sea posible probar la existencia de un acuerdo, pero la existencia y contenido de éste deba deducirse del comportamiento —idéntico— de los competidores en el mercado (prácticas concertadas).

Ver Texto

- (14) La sentencia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, EU:C:1970:71, en su apartado 112, mencionaba como manifestación del acuerdo «que dicho documento era, pues, la fiel expresión de la voluntad común de los participantes en la práctica colusoria sobre su conducta en el mercado común»; la sentencia de 29 de octubre de 1980, van Landewyck y otros/Comisión, 209/78 a 215/78 y 218/78, no publicada, EU:C:1980:248, en su apartado 86 considera la existencia del acuerdo al decir que «de ello se desprende que la recomendación constituye la fiel expresión de la voluntad de las demandantes de comportarse en el mercado belga de cigarrillos de conformidad con los términos de la recomendación. En consecuencia, se dan las condiciones necesarias para la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado». Más recientemente, la sentencia de 18 de noviembre de 2021, Visma Entepreise, C-306/20, EU:C:2021:935 apartado 94 y la sentencia de 14 de enero de 2021, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, EU:C:2021:10, apartado 21 de manera más simplificada vienen a considerar que «basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado».

Ver Texto

- (15) La sentencia de 13 de julio de 2006, Comisión/Volkswagen, C-74/04P, EU:C:2006:460 cuyo párrafo 46

dispone que «por lo que respecta al segundo supuesto, a saber, a falta de disposiciones contractuales pertinentes, la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, implica el consentimiento, expreso o tácito, por parte de los concesionarios a la medida adoptada por el fabricante de automóviles». En igual sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1979, *BMW Belgium y otros/Comisión* (32/78, 36/78 a 82/78, Rec. p. 2435) y de 11 de enero de 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici/Comisión* (C-277/87, Rec. p. I-45).

[Ver Texto](#)

(16) El TJUE en su sentencia de 21 de enero de 2016 (C-74/14, *Eturas UBA y otros*), recuerda, en primer lugar que, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento nº 1/2003 Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en todos los procedimientos nacionales de aplicación del artículo 101 TFUE, la carga de la prueba de una infracción del artículo 101.1 TFUE, recae sobre la parte o la autoridad que la alegue (§29), siendo aplicables las normas nacionales en materia de valoración de la prueba (§31), sin perjuicio de los principios de equivalencia y efectividad (§34).

[Ver Texto](#)

(17) En estos términos, *vid.* el análisis de GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Madrid, 2018, pág. 12 y ss; sobre la autonomía procesal e institucional y la jurisprudencia del TJUE en los últimos tiempos, *vid.* HOYOS SANCHO, «Principio de subsidiariedad y autonomía procesal de los Estados. Interpretación en materia procesal penal», en *Jueces para la democracia*, 2019, pág.36 y ss.

[Ver Texto](#)

(18) Apartados 54 a 58 sentencia en el asunto C-211/22 Super Bock Bebidas, S.A..

[Ver Texto](#)

(19) SA Binon & Cie v SA Agence et messageries de la presse. ECLI:EU:C: 1985:284 apartado 43.

[Ver Texto](#)

(20) Asunto Coty Germany GmbH contra Parfümerie Akzente GmbH C-230/16 EU:C: 2017:941.

[Ver Texto](#)

(21) Apartados 38 a 42 sentencia en el asunto C-211/22 Super Bock Bebidas, S.A..

[Ver Texto](#)

(22) Apartado 33 en el asunto C-211/22 Super Bock Bebidas, S.A.

[Ver Texto](#)