

SECCIÓN II  
ARTÍCULOS DE AUTORES NACIONALES



## **CIERRE VERTICAL DE MERCADOS**

CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHÍTA

### ABSTRACT

The vertical foreclosure issue on competition law has been studied and developed under both of the most important schools of theoretical analysis on competition policy (Harvard/Chicago) in a twisted ways. Thus, the struggle has been intense within the academic as well as in inside the judicial system. The outcome of it has not been resolved in an absolute definitive way. Through this write I introduce the struggle on both schools on vertical foreclosure, and then I identify the foreclosure's effects on welfare, especially in behaviors related to double marginalization, incomplete contracts, hold-up and horizontal externalities.

**Key words:** competition Law, Vertical foreclosure, double marginalization, incomplete contracts, hold-up, horizontal externalities.

## VERTICAL FORECLOSURE

### RESUMEN

*El cierre vertical de mercados en el derecho de la competencia ha sido estudiado y desarrollado bajo las dos más importantes escuelas de estudio de la política de competencia desde posiciones y vías diferentes. La lucha entre las escuelas de Chicago y Harvard ha sido intensa tanto desde la perspectiva académica, como a través de las cortes. El resultado de esta pugna entre las escuelas no ha sido resuelto de forma definitiva. En este escrito se introducen las diferentes posiciones entre las escuelas sobre el cierre vertical de mercados y luego se identifican los efectos del cierre de mercado sobre el bienestar en comportamientos relacionados con la doble marginalización, los contratos incompletos, problemas de cautividad con las externalidades horizontales.*

**Palabras clave:** *derecho de la competencia, cierre vertical de mercados, doble marginalización, contratos incompletos, problemas de cautividad, externalidades horizontales.*

### 1. ENCUADRAMIENTO DE LA FIGURA Y MARCO DE REFERENCIA

La figura del cierre de mercados bajo el derecho de la libre competencia está comprendida por un amplio número de conductas y argumentos económicos que permiten entender, *grosso modo*, al derecho de la competencia en su conjunto como un problema/solución de cierre de mercados. Esto es, una política que pretende promover mercados abiertos y libres de barreras artificiales, donde los agentes económicos tengan un libre acceso a los recursos (*inputs*) que son requeridos para el desarrollo de una actividad económica, como también a la libertad

para ofrecer libremente sus productos (bienes o servicios) a los consumidores (outputs)<sup>1</sup>.

Lo anterior puede ser comprobado tanto desde una lectura estructuralista de mercados como desde una visión eficientista. Desde la primera perspectiva, estructuralista, el derecho de la competencia se ocupa por la configuración de un mercado específico como de los mercados en general, promoviendo la competencia sobre los diferentes niveles de la cadena de producción. Desde la perspectiva eficientista (estática y dinámica) el derecho de la competencia se ocupa de la existencia de eficiencias que permitan niveles de competencia que lleven a la mejor estructura que beneficie a los consumidores<sup>2</sup>.

Sin embargo, desde la perspectiva eficientista se puede reconocer excepciones al principio de mercados abiertos bajo la idea de los objetivos políticos que se asignen al derecho de la competencia<sup>3</sup>. La discusión de las limitaciones a la competencia o a la concurrencia en razón de la eficiencia, parte de los argumentos sobre el bienestar de los consumidores en sentido amplio, donde unas veces se pretende la primacía del tamaño de los mercados (nivel de oferta - intramarcas e

- 
- 1 En palabras de HOVENKAMP, “Mientras nosotros comúnmente consideramos al derecho de la competencia como una legislación preocupada por los precios altos, sería mejor considerar la preocupación del derecho de la competencia en términos de restricciones en la oferta. La competencia bajo estos términos, se verá afectada cuando una firma o grupo de firmas pueden reducir la oferta en algún mercado (en el corto y en largo plazo), entendiendo la oferta en términos de cantidad o de innovación”, *Vid.* HOVENKAMP, HERBERT, *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Ed. Harvard University Press. Cambridge. 2005, pág. 368; 13.
  - 2 La discusión de fondo de esta perspectiva puede ser reconocida en la conferencia de THOMAS ROSCH sobre las diferentes aproximaciones entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de abuso de la posición dominante. *Vid.* ROSCH, J. THOMAS. *I say Monopoly, You say Dominance: The Continuing Divide on the Treatment of Dominant Firms, is it the Economics?* En: *International Bar Association, Antitrust Section Conference*. Florencia, Italia, Septiembre 8 de 2007, pág. 19.
  - 3 Para una visión amplia de los objetivos del derecho de la competencia y el valor asignado al bienestar de los consumidores en Estados Unidos y la Unión Europea, *Vid.* BUTTIGIEG, EUGÈNE. *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest. A comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*. Ed. WOLTERS KLUWER. 2009, pág. 423.

intermarcas), en otros momentos se opta por la innovación (dilema propiedad “intelectual” - acceso), y otras ocasiones por efectos sobre los competidores (existentes y potenciales)<sup>4</sup>.

Teniendo claro que la amplitud de la figura puede llevar a perder el objetivo de nuestro trabajo, que se concentra en los cierres de mercado respecto a un bien o servicio que es esencial para el desarrollo de una actividad bajo la teoría de los recursos esenciales, en este apartado realizaremos una visión generalizada de la figura, penetrando con mayor profundidad en los cierres de mercado en sentido vertical, para luego plantear la problemática en términos de conductas excluyentes realizadas por empresas con poder de mercado y, finalmente, con los elementos estudiados, se abordará con profundidad el estudio de los recursos esenciales (*Essentials Facilities Doctrine*) bajo el derecho de la competencia.

Comencemos reconociendo que en mercados regulados, desregulados<sup>5</sup> y mercados sin intervención estatal alguna (solamente dependientes de la interacción entre oferta y demanda) el entendimiento de la figura del cierre de mercado o *foreclosure* tiene un factor predominante sobre la valoración que se desea de una política de competencia. Esto es, de un lado, por medio de una idea concreta del alcance permitido a los agentes económicos para generar cierto grado de cierre de mercado, es decir, los presupuestos sobre la creencia en los diferentes tipos de eficiencias (dinámicas y estáticas) hace posible

---

4 Para una relación de los problemas entre competencia estática y dinámica en materia de innovación, su reconocimiento y excepciones al poder de mercado sobre los beneficios del consumidor, Vid. FISHER, FRANKLIN M. Innovation and Monopoly Leveraging, en *Dynamic Competition and Public Policy*. Editado por: JERRY ELLIG. Ed. Cambridge University Press, págs. 138-159; 157-158; PERITZ, RUDOLPH J.R. Dynamic Efficiency and U.S. Antitrust Policy, en *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Editado por: ANTONIO CUCINOTTA; ROBERTO PARDOLESI & ROGER VAN DEN BERGH. Ed. EDWARD ELGAR. Cheltenham. 2002, págs. 108-128.

5 Para una visión de los problemas de la regulación y desregulación en materia de competencia, Vid. AMATO, GIULIANO & LAUDATI, LARAINÉ L. (eds.). The Anticompetitive Impact of Regulation. Ed. Edward Elgar Publishing. Cheltenham. 2001, pág. 505.

la evaluación del comportamiento de los agentes dentro de lo deseable o reprochable como procompetitivo o anticompetitivo<sup>6</sup>.

Desde otra perspectiva, la posición que se tenga sobre el cierre de mercados en materia de libre competencia, permite evaluar las políticas públicas que buscan estimular la competencia en sectores donde ésta se encontraba restringida por antiguos monopolios estatales o por los esquemas utilizados por diferentes gobiernos para limitar el número de agentes que pueden competir por medio de licencias u otras medidas con efectos equivalentes. Desde esta perspectiva, el derecho de la competencia participa como un supervisor exógeno al funcionamiento de los mercados en función del bienestar de los consumidores, desde la perspectiva de la idea política del alcance que puede tener una autoridad de competencia para intervenir sobre los comportamientos de los agentes que se encuentran en mercados restringidos estructuralmente por una normatividad estatal<sup>7</sup>.

El estudio de cierre de mercados en las valoraciones de libre competencia en materia de acuerdos, abuso de posición dominante y en el estudio de las concentraciones empresariales abre un importante debate sobre los efectos eficientistas y anticompetitivos que éstos tienen sobre los propios fines que esta política de mercado pretende alcanzar<sup>8</sup>.

---

6 Vid. BUTTIGIEG, EUGÈNE, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest...* *Op. cit.*, págs. 17-76.

7 El ejemplo emblemático se puede referenciar por las licencias que otorgan los gobiernos para limitar el número de agentes que puede participar en mercados de telefonía móvil. En otras palabras, la intervención de los gobiernos que limitan el número de agentes que puede participar en un mercado determinado constituye un tipo de barreras con las que la política de competencia tiene que lidiar, tanto para reconocer sus posibles eficiencias, como para esclarecer los términos sobre los que las restricciones generadas por los gobiernos pueden ser empeoradas por determinados tipos de comportamientos de las empresas. (Aparte de los sectores regulados y liberalizados parcialmente, en España está el ejemplo de las grandes superficies).

8 Para una visión de los problemas del análisis económico en el derecho de la competencia en la Unión Europea, *Vid.* VAN DEN BERGH, ROGER. *The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law*, en *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Editado por: ANTONIO CUCINOTTA, ROBERTO PARDOLESI & ROGER VAN den Bergh. Ed. EDWARD ELGAR. Cheltenham. 2002, págs. 34-59.

Desde esta perspectiva, y para el caso que nos ocupa, la política de competencia se encuentra indagando constantemente sobre los riesgos de una reducción del bienestar por razón del cierre de mercado y acerca de cuáles deben ser las consideraciones que se tienen que tener en cuenta para el análisis de esta problemática<sup>9</sup>.

El análisis de estas consideraciones será realizado más adelante, en un apartado independiente, en relación con los efectos positivos y negativos sobre el bienestar, ya que de la comprensión de esta problemática podremos verificar el grado de relatividad de las consecuencias de un cierre de mercado sobre los mercados<sup>10</sup>.

No obstante lo anterior, es importante comprender que un cierre de mercado por sí solo no se puede calificar como un factor que disminuye o que incrementa el bienestar. Por ello es necesario realizar un análisis amplio que permita entender el contexto del cierre de mercado y, con ello, la problemática que tal efecto puede generar sobre la competencia<sup>11</sup>.

Desde otra perspectiva, bajo la aplicación del derecho de la competencia (*enforcement*) el rol de la determinación del tipo de

---

9 La importancia de esta problemática puede ser comprobada en los Libros Verdes y Blancos para el desarrollo de las Directivas y Reglamentos en la Unión Europea. En este sentido, *Vid.* Libro Verde sobre las restricciones verticales y la política de competencia comunitaria, Com (96) 721, enero de 1997, Numeral 10: “*Los efectos anticompetitivos sólo se producirán cuando la competencia entre marcas sea débil y existan barreras de acceso en los sectores de la producción o la distribución. Además, se sabe que los acuerdos en la cadena de distribución reducen los costes de las operaciones, pudiendo materializar la eficiencia potencial existente en el sector de la distribución. En contraste, en algunos casos, las restricciones verticales crean barreras de acceso u obstaculizan la competencia horizontal en mercados oligopolísticos*”. (Subrayado fuera del texto); *Ibidem*, Numerales, 43, 51, 54, 62, 63, 82, 83,

10 Los problemas de cierre de mercado no se limitan a una visión exclusiva de estructuras de mercado. Estos problemas admiten una interpretación más estricta desde la perspectiva del acceso a un mercado, sea desde una perspectiva horizontal o desde una perspectiva vertical como un mercado derivado.

11 BIJLSMA, MICHEL; KOCSIS, VIKTORIA; SHESTALOVA, VICTORIA & ZWART, GIJSBERT, *Vertical Foreclosure: A Policy Framework*, en *CPB Document*. N° 157. Enero de 2008, pág. 96.



remedio que pueda y deba ser impuesto para incrementar el bienestar, tiene un papel igualmente importante en el estudio del cierre de mercado. Esto es, la relación que se teje entre las conductas anticompetitivas y los remedios que una autoridad de competencia pueda imponer se encuentra en interdependencia. Es decir, la posibilidad de identificar alternativas a los comportamientos desarrollados por las empresas que disminuyan los efectos colaterales hace necesario el reconocimiento de la pertinencia, proporcionalidad y finalidad de las conductas que producen un cierre de mercado<sup>12</sup>.

En atención a las anteriores consideraciones, importantes actividades que las personas realizan a diario conllevan complejos esquemas de integración [interna, en el caso de una sola firma que compite en diferentes niveles de la cadena de producción y externa porque diferentes firmas han alcanzado determinados acuerdos] por parte de las empresas que prestan los servicios o venden determinados tipos de bienes. Por ejemplo, una llamada telefónica, el envío o recepción de un correo electrónico, el uso de un seguro de salud en un hospital, el uso del microondas, etc., han requerido un conjunto de importantes contratos y relaciones comerciales entre agentes económicos que se encuentran muchas de las veces en estadios diferentes de la cadena de distribución<sup>13</sup>.

- 
- 12 El estudio de conductas alternativas no es extraño al derecho de la competencia, por ejemplo, en la valoración de un abuso de la posición dominante es posible determinar conductas menos costosas para obtener los mismos resultados eficientes que una empresa pueda pretender. Vid. FOX, ELEANOR. *What Is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 70, 2002, págs. 371-411; ELHAUGE, EINER. *Defining Better Monopolization Standards*, en *Stanford Law Review*, vol. 56, 2003, págs. 253-344.
  - 13 Cuando se haga referencia a relaciones verticales utilizaremos de forma generalizada los términos *fabricante* o *proveedor* y *distribuidor* o *comprador* con independencia de si se trata de un agente prestador de servicios o de un fabricante de bienes. En el mismo sentido, Vid. Directrices de la Comisión Relativa a las Restricciones Verticales. 2000/C291/01 Num. 2. Las Directrices expresan que el término *producto* abarca tanto a bienes como servicios, como que los términos *proveedor* y *comprador* se emplearán para todos los niveles de intercambio.

Las relaciones que se traban entre los agentes económicos, sea en diferentes niveles de la cadena de valor o sea en el mismo nivel, como veremos con mayor detenimiento más adelante, están motivadas en muchos casos por los incentivos procompetitivos que generan de forma individual y colectiva para los diferentes grupos de agentes dentro del mercado específico. Esto es, tanto para la realización de inversiones en innovación o mejoramiento de la calidad, como para protegerse del apoderamiento de las externalidades positivas o actividades de *free rider*, entre otras<sup>14</sup>. En todo caso, aún existiendo estas razones es necesario reconocer que en algunos supuestos se pueden generar conflictos con las regulaciones específicas y con el derecho de la competencia por los efectos que las mismas producen, bien porque interviene un poder de mercado que potencia los efectos del cierre de mercado convirtiéndolos en anticompetitivos, o bien porque, aún preválido de un derecho especial que permite la exclusión (por ejemplo derechos de propiedad intelectual), la intervención de otros factores hace que se reconozca un abuso en el ejercicio de las diferentes conductas<sup>15</sup>.

- 
- 14 Cuando hacemos referencia a externalidades positivas nos referimos a un beneficio que obtiene un agente sin pagar por el mismo. Un ejemplo de estas externalidades puede ser ilustrado con el aprovechamiento de los resultados de una investigación que un tercero emplea en su beneficio sin pagar a retribuir a los realizadores de la misma. El sujeto que se aprovecha de la actividad de un tercero sin compensación alguna recibe el nombre de *free rider* o gorrión. En materia mercantil, un agente económico que se aprovecha del impulso o promoción de un producto que realiza un competidor estaría actuando como *free rider*, beneficiándose de las externalidades positivas (creación de la necesidad de obtener ese producto específico) que la publicidad genera en los consumidores sin tener que invertir en actividades publicitarias, pudiendo vender de forma más económica los productos, por no tener que asumir los costes relacionados con esa específica actividad de promoción.
- 15 De forma especial en la Unión Europea, la preocupación por la integración de los mercados entre los Estados miembros, hace que aparte de los cuestionamientos generales sobre el cierre de mercado, como quedó registrado en el Libro Verde sobre las restricciones verticales y la política de Competencia comunitaria, también se persigan otros objetivos a través de la política de competencia que no están dentro de la visión económica ortodoxa de lo que se espera de una política de competencia, *Vid. MOTTA, MASSIMO. Competition Policy. Theory and Practice. Ed. Cambridge University Press. New York. 2004* pág. 616. pág. 23 “... *la promoción de la*

Las relaciones en el interior de las cadenas de distribución y/o prestación de servicios tienen efectos sobre el bienestar de los agentes en el mercado. De modo que, dependiendo del tipo de relaciones que surjan al interior de tales cadenas, los efectos sobre la innovación, determinación de los precios, estructura de los mercados, etc., tendrán consecuencias sobre la competencia; unas veces estimulando la actividad sectorial llevándola a mejores formas de prestación de servicios y producción, y otras veces limitando el acceso y la participación de agentes en el mercado, bien de los que ya se encuentran en el mismo, o bien de los que pretenden el acceso a un nuevo mercado<sup>16</sup>.

Desde nuestra perspectiva, la interacción entre ese conjunto de características configura los puntos que encierran mayor preocupación para el derecho de la libre competencia (como intervención *ex post*) y hace necesaria la diferenciación del cierre de mercado anticompetitivo del procompetitivo<sup>17</sup>. Sin olvidar que, como premisa de nuestro estudio sobre el cierre de mercado, el mismo por sí solo no admite un calificativo ni de bueno ni malo para el bienestar. Esto es, un cierre de mercado puede estar determinado por el uso de diferentes estrategias comerciales que requieren ser interpretadas en razón de las estructuras, efectos y

---

*integración del mercado es uno de los objetivos claves de la política de competencia de la UE como fue establecido por el Tratado [...] Este es un objetivo político que no es necesariamente consistente con el bienestar económico”*

- 16 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto: Costen SaRL and Grunding - Verkaufs-GmbH v. Comisión. Sentencia del 13 de julio de 1966. Asuntos 56 y 58/64. Bajo este acuerdo se pretendía evitar las importaciones paralelas bajo un contrato de distribución entre Costen y Grunding que generaba una protección absoluta de territorio; Vid. Tribunal de Primera Instancia. Asunto: Bayer AG y European Federation of Pharmaceutical Industries' Associations, v. Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia de 26 de octubre de 2000. Asunto: T-41/96.
- 17 Desde la perspectiva del derecho de la competencia europeo y norteamericano, las autoridades de competencia han realizado Directrices y Directivas que sirven como orientación de la política de competencia según determinados sectores o con relación a específicos puntos. Por ejemplo, Vid. Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología. Diario Oficial n° C 101 de 27/04/2004 p. 0002 - 0042 (2004/C 101/02); U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n.. Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007).

especificidades de cada mercado<sup>18</sup>. Bajo tales presupuestos parece lógico pensar que el debate sobre los efectos del cierre de mercado y el bienestar juega un importante papel en tres temas de trascendental importancia: los efectos del cierre de mercado sobre los sectores desregulados o liberalizados, sobre determinados tipos de acuerdos entre empresas y las concentraciones empresariales, y sobre conductas de empresas independientes o el abuso de la posición dominante<sup>19</sup>.

Para entender la problemática que encierra la teoría del cierre de mercado desde el derecho de la competencia, es necesario reconocer la libertad que tienen las empresas para decidir sus estrategias de forma independiente al interior de una cadena de valor o producción. Esto es, las empresas son autónomas en cuanto a sus decisiones de inversión en innovación, en la fijación de sus precios, como en la operatividad bajo estándares establecidos por terceros o propios, etc. Todas estas decisiones son susceptibles de afectar los ingresos y rentabilidad de sus negocios. Sin embargo, en el desarrollo de sus estrategias, las empresas pueden a su vez comprometer los intereses de otros agentes económicos (en el mismo nivel de la cadena de producción o en un lugar diferente de la misma) y por ello incentivar la necesidad de cooperación, estimulando la intervención de otras empresas para lograr un incremento en las eficiencias (especialmente productivas), o también, generando la participación de otras empresas para apoderarse de los excedentes de los consumidores (en el corto o largo plazo) mediante acuerdos de exclusividad, carteles o conductas discriminatorias

---

18 Para una revisión argumentos que sostienen consideraciones sobre los efectos procompetitivos de algunos tipos de cierre de mercado, Vid. ERGAS, HENRY and RALPH, ERIC KODJO. *New Models of Foreclosure: Should Antitrust Authorities Be Concerned?* Febrero de 1998. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=55775> or DOI: 10.2139/ssrn.55775

19 Desde esta perspectiva es lógico admitir la transversalidad del análisis del cierre de mercados, pues, como se puede ver, no es sólo un problema que admite soluciones desde el derecho de la competencia, sino que también mediante la regulación y la vigilancia se pretende cumplir con las metas de incentivos y penalizaciones al cierre de mercados. Esto es, un estudio amplio sobre el cierre de mercado debe ser consciente de su particularidad en términos de política de la competencia, donde el derecho de la competencia es sólo una parte de su problemática general.

excluyentes, entre otras. Desde otra perspectiva, la cooperación entre empresas no sólo requiere una evaluación del acuerdo entre las partes o de la conducta desarrollada de forma independiente, sino que a su vez se requiere reconocer la configuración del conjunto de acuerdos que se traban en un sector determinado, como de las circunstancias económicas y legales donde el acuerdo tiene sus efectos<sup>20</sup>.

Teniendo en consideración las anteriores posibilidades, las empresas puede encontrar caminos que permitan generar eficiencias, estimulen la innovación y la inversión en tecnología, evitando al mismo tiempo problemas como aquellos que se relacionan con los fenómenos de *free rider* o *hold-up*<sup>21</sup>. La realización de tales acuerdos también puede

- 
- 20 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto: SA Brasserie de Haecht v. Consorts Wilkin-Janssen. Sentencia del 12 de diciembre de 1967. Asunto: 23/67. SA. En este caso se discutió, bajo una solicitud prejudicial, que no sólo se debía tener en cuenta el objeto del acuerdo, sino también el efecto, dado que un acuerdo de exclusividad se debe analizar en razón del entorno económico y legal del lugar donde este tiene sus efectos. Con ello, se reconoce que un acuerdo no debe ser analizado de forma independiente sin tener en cuenta el conjunto de acuerdos que ya existen en el mercado; en el mismo sentido, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto: Béguelin Import Co. v S.A.G.L. Import Export, Sentencia del 25 de noviembre 1971, Asunto, 22/71, apartado 13; Tribunal de Primera Instancia. Asunto: O2 (Germany) GmbH & Co v. Comisión. Sentencia de 2 de mayo de 2005. Asunto: T-328/03, Considerando 67 a 69. En este caso se pretende realizar un análisis de regla de la razón (no aceptado y rechazado en la misma Sentencia - Considerando 69), donde reconociendo que el acuerdo entre las empresas no tiene por objeto restringir la competencia, al examinar los efectos del acuerdo y con ello a su prohibición, se tendrá que exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado de hecho, impedido, restringido o falseado de manera sensible. Establece así, el Tribunal de Primera instancia que debe analizarse la situación real en la que se habría encontrado la competencia si no existiera el acuerdo objeto del litigio y puede considerarse que no se ha producido una alteración de la competencia cuando se comprueba que dicho acuerdo era realmente necesario para lograr la penetración de una empresa en una zona en la que no intervenía.
- 21 Los problemas de *free rider*, de un lado, pueden ser prevenidos por medio de acuerdos de distribución exclusiva, donde las inversiones que realice un empresario sean rentabilizadas por quien las realiza y privando a terceros de aprovecharse de las mismas. De otro lado, los problemas de *Hold Up* (problemas que se relacionan con inversiones que le permitirían a la otra parte en una negociación obtener una posición ventajosa) podrían ser solucionados mediante acuerdos de exclusividad o mediante contratos de cooperación de mediano o largo plazo.

estar motivada por la determinación de un estándar que estimule la innovación sobre bases comunes, esto es, estrategias de mercado que permitan a los agentes, de un lado, operar bajo unos costes y bases comunes, y de otro lado, estimular la competencia con prestaciones como la atención pre y posventa, servicios de reparación, o para el caso de los mercados en red, la posibilidad de determinar estándares que permitan la generación de competencia por sustitución<sup>22</sup>.

Entre las posibles formas de realizar estos tipos de operaciones que permitan la alineación de incentivos comunes entre agentes que se encuentran en niveles diferentes de la cadena de producción, podemos enunciar determinados tipos de acuerdos que restringen la participación de terceros como: acuerdos de exclusividad, acuerdos sobre precios para la reventa, acuerdos de distribución exclusiva, acuerdos sobre licencias, franquicias, etc. Dichos acuerdos permiten grados de integración vertical, siendo las concentraciones de empresas el nivel más alto de integración. Cuando se dan estas operaciones en el mercado, las mismas suscitan cautela y preocupación para las autoridades de competencia, pues desde la perspectiva de estas agencias el objetivo se centra en evitar que se cierre un mercado de forma anticompetitiva (creación de barreras artificiales), denegando el acceso a agentes que ya se encuentran establecidos en un mercado determinado (competidor directo o en otro nivel de la cadena de distribución), e impidiendo la

---

22 Es importante reconocer que debe existir una *visión de contexto*, es decir, los supuestos de un sector pueden ser válidos para el mismo pero no para otros, bien por la velocidad de la tecnología o bien por la novedad del mercado, el grado de estabilización que tenga y la experiencia de los agentes que operan en él, la fuerza de las marcas, etc. Para una evaluación de estas consideraciones, *Vid.* Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto United Brands Company y United Brands Continental BV v. Comisión. Sentencia del 14 de febrero de 1978. Asunto 27/76; Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto: Masterfoods v. HB Ice Cream. Sentencia de 14 de diciembre de 2000. Asunto C-344/98; Conseil de la Concurrence, 08-MC-01, Du 17 Décembre 2008, Orange/Apple; Cour D' Appel de Paris, 1ère Chambre - Section H. Arrêt du 4 Février. Apple Sales International, Société Apple Inc., France Telecom, Orange France; Tribunal de Primera Instancia. Asunto Microsoft v. Comisión. Sentencia del 17 de septiembre de 2007. Asunto T-201/04; Decisión de la Comisión, Asunto Microsoft, Decisión del 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 Microsoft.

entrada de nuevos competidores. Además, es importante reconocer que dándose una restricción, para que la misma sea anticompetitiva, debe carecer de una justificación objetiva sobre las eficiencias resultantes de tales procedimientos<sup>23</sup>.

Bajo el análisis del cierre de mercados es importante el estudio de cuatro condiciones para determinar si se produce una reducción del bienestar<sup>24</sup>.

El primer criterio que se debe tener en cuenta es el potencial del cierre de mercados para disminuir o eliminar la competencia. Bajo este criterio es importante reconocer que, en supuestos donde los mercados se encuentran muy atomizados (tanto en la parte superior como en la parte baja de la cadena de suministro, donde la entrada y salida del mercado de agentes económicos sea constante y sin importantes traumatismos y donde la tecnología no se convierte en una barrera considerable para el mercado en cualquier dirección), será difícil encontrar comprometedor un cierre de mercado. En concurrencia con tales circunstancias, las empresas que realicen contratos de exclusividad y concentraciones verticales podrán producir mayores beneficios que restricciones en el mercado. Sin embargo, es necesario reconocer que el papel de las marcas, su fortaleza y/o debilidad, la posibilidad de otras estrategias comerciales como la disminución de precios, la construcción de lealtad a las marcas, contratos de franquicia, etc., también forman parte de los análisis que las autoridades de competencia deben realizar para establecer si las decisiones realizadas por las empresas producen cierres de mercado innecesarios en razón del efecto y no tanto por el objeto<sup>25</sup>.

---

23 Vid. ALBORS-LLORENS, ALBERTINA, *The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC*, en *Common Market Law Review*, vol. 44, 2007, págs. 1727-1761.

24 *Vid. Infra*. Apartado 4 Efectos del cierre de mercado sobre el bienestar.

25 Para una enumeración de las alternativas con que cuentan las empresas ante relaciones que generan restricciones verticales, *Vid.* GRIMES, WARREN S. *The Sylvania Free Rider Justification for Downstream - Power Vertical Restraints*, en *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust Law*. Editado por: ROBERT PITOFSKY. Ed. Oxford University Press. 2008, págs. 181-195; 190.

En segundo lugar, en cualquiera de los eventos que se trate, es necesario diferenciar el escenario de competencia haciendo un estudio sobre las condiciones de competencia en la parte superior e inferior de la cadena económica y sobre las interacciones que se dan en el interior de éstas entre los diferentes agentes y los tipos de derechos que los puedan asistir; en especial cuando se trata de mercados bajo algún tipo de regulación o de mercados donde intervienen derechos de propiedad intelectual<sup>26</sup>.

En tercer lugar, y como complemento de las consideraciones anteriores, donde se tuvo como principal punto de análisis las estructuras de los mercados, es necesario determinar los posibles efectos positivos de la conducta. En otras palabras, la probabilidad de un resultado positivo o negativo sobre la competencia que tenga en cuenta los efectos en el corto y el largo plazo<sup>27</sup>.

Por último, bajo el supuesto de que no existe una respuesta única que determine para todos los casos el efecto que tiene el cierre de mercado como desincentivo o motor del bienestar, es importante reflexionar sobre el papel que puede tener éste dentro de mercados caracterizados por la innovación y con ello adoptar criterios sobre el papel que debe cumplir el derecho de la competencia para reconocer el valor del cierre de mercado dentro de la competencia (en el sentido de concurrencia) y, a su vez, los límites que pueden condicionar la

---

26 Vid. MAHINKA, STEPHEN P. *Vertical Restraints as Exclusionary Practices: Current Issues in Regulated and Deregulated Industries*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 58, 1990, págs. 991-934. Este autor considera que un análisis de las restricciones verticales debe realizarse bajo los siguientes criterios: (i) Verificar si la empresa que impone la restricción vertical ostenta una posición dominante y de no tener una posición dominante, es necesario verificar la amplitud de las restricciones usadas por otras firmas; (ii) indagar por la dificultad que tendrían nuevas firmas para entrar al mercado con posterioridad a la imposición de las restricciones; (iii) Reconocer las barreras que existen en los mercados adyacentes al mercado en el cual se impone la restricción.

27 Para un análisis de los diferentes riesgos de un cierre de mercado en razón de las distintas posibilidades de integración, como por ejemplo si el mercado se encuentra o no constituido por cadenas de distribución integradas verticalmente o si existe múltiples combinaciones de integración vertical, Vid. BIJLSMA, MICHIEL; KOCSIS, VIKTORIA; SHESTALOVA, VICTORIA & ZWART, GIJSBERT. *Vertical Foreclosure: A Policy Framework*, en *CPB Document*. N° 157. Enero de 2008, pág. 96; 11.



actividad de las empresas en el mercado desde la posición en la que se concibe el derecho de la libre competencia (en el sentido de política de la competencia)<sup>28</sup>.

Según las anteriores consideraciones, para determinar la existencia y efectos de un cierre de mercado es importante plantear las posiciones teóricas que se han utilizado para el análisis en los últimos años por parte de las autoridades de competencia, reconociendo su alcance y el debate que a su vez presentan. Para seguir bajo esta dirección, tendremos que plantear el pensamiento de tres escuelas de análisis de las conductas en el mercado, conocidas como las escuelas de Harvard y Chicago de análisis del derecho de la competencia. Pero, aún considerando las posiciones y la aplicación de éstas por los tribunales, para cumplir el objetivo último de nuestro trabajo será necesario que destinemos parte de nuestro análisis a los mercados relacionados en red, sus problemáticas e interacciones, con los cuales se identificarán diferentes conflictos que pueden producir cierres de mercado y pérdidas de bienestar.

## 2. CIERRE DE MERCADO EN LAS RELACIONES VERTICALES

### 2.1. INTRODUCCIÓN AL CIERRE DE MERCADO EN LAS RELACIONES VERTICALES

El cierre de mercados o *foreclosure*, como fue presentado anteriormente, es uno de los temas más controvertidos en el derecho de la libre

---

28 Esta visión reconoce una toma de decisión política sobre el alcance que se quiera dar al derecho de la competencia: mientras que en alguna legislación el grado de intervención del derecho de la competencia como límite externo al control de prácticas aparentemente restrictivas bajo la sombra de protección de otra legislación puede estar seriamente comprometido (no funcional) como instrumento corrector (por ejemplo, conflictos derecho de la propiedad intelectual y derecho de la competencia). En otras legislaciones la confianza y capacidad de intervención puede ser mucho más aceptada y así, ser considerado el derecho de la competencia como un límite externo a otras legislaciones, donde su rol puede contener un mayor alcance y autoridad para primar materialmente sobre otras regulaciones.

competencia y la razón de esa controversia puede obedecer a los problemas que la teoría económica ha tenido para encarar sus soluciones<sup>29</sup>. Esto es, la lucha por encontrar una ruta de análisis del fenómeno del cierre de mercado por parte de las diferentes escuelas de análisis económico del derecho y su aceptación por parte de las autoridades de la competencia, no ha presentado ni parece llegar actualmente a un consenso en el alcance de las restricciones ni en su forma de análisis<sup>30</sup>. Por ello, en un mundo aún más complejo de relaciones de innovación y donde se busca con ahínco la protección de las inversiones en investigación y desarrollo (básicamente sobre su producto, pero también sobre los incentivos para desarrollar tales actividades) los problemas son más frecuentes entre acceso e innovación, así que no se puede decir que las soluciones dadas a los casos concretos por las autoridades de competencia sean objeto de aceptación unánime<sup>31</sup>.

---

29 REY, PATRIC & TIROLE JEAN, A Primer on Foreclosure, En: *Handbook of Industrial Organization*. Editado por: MARK ARMSTRONG & ROB PORTER, vol. III, Ed. North Holland, Amsterdam. 2007, pág. 2148. “[...] *the notion of foreclosure until recently had poor intellectual foundations. Indeed, the intellectual impetus in the late seventies (reflected in the American antitrust practice of the eighties) cast serious doubt about its validity*”.

30 FELDMAN, ROBIN COOPER, *Defensive Leveraging in Antitrust*, en *Georgetown Law Journal*, vol. 87, June. 1999; Una visión sobre esta problemática puede ser revisada en los casos contra Microsoft adelantados en Estados Unidos, Vid, *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30, D.D.C. 2000; *United States of America, Appellee v. Microsoft Corporation, Appellant*. 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*; y en Europa, Vid. Tribunal de Primera Instancia, Asunto, *Microsoft v. Comisión*, Sentencia del 17 de septiembre de 2007, Asunto T-201/04. La diferencia sustancial se encuentra en la aproximación que en ambos casos las autoridades de competencia tienen acerca del apalancamiento (*leveraging*), en especial bajo la práctica de los Estados Unidos donde los tribunales son más flexibles que en Europa ante el uso por parte de una empresa dominante para obtener una ventaja competitiva en otro mercado verticalmente relacionado. Para una crítica de las diferentes aproximaciones, Vid. PARDOLESI, ROBERTO & RENDA, ANDREA. *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?* En: *World Competition*, vol. 27, 4. 2004, pág. 513 y ss.

31 FISHER, FRANFKLIN M., *Innovation and Monopoly Leveraging*. En. *Dynamic Competition and Public Policy*. Edited by: Jerry Elling. Cambridge University Press. 2001 Cambridge, págs. 138-159; 138. “*The concept of monopoly leveraging*

## 2.2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA FIGURA

El cierre de mercados consiste en aquellas prácticas comerciales que limitan el acceso de los compradores a un proveedor (en sentido vertical descendente “*downstream*”) y/o restringen el acceso de los proveedores a un comprador (en sentido vertical ascendente “*upstream*”) <sup>32</sup>. En otras palabras, el cierre de mercado hace referencia a la negativa por parte de una empresa con poder de mercado para dar un óptimo acceso a un bien esencial que ésta produce, con la intención de extender su poder de monopolio (o reservarlo para una futura explotación) de un segmento de mercado, comúnmente conocido como el mercado cuello de botella (*bottleneck segment*), a un mercado adyacente o potencialmente competitivo (que puede ser alternativo o complementario) <sup>33</sup>.

Según la anterior descripción, el cierre de mercado puede tener diferentes formas. Esto es, de un lado, puede ser completo en la medida que provenga de una negativa a contratar o de la imposición de precios disuasorios que imposibiliten el uso del bien o servicio esencial. De otro lado, puede ser parcial si el monopolista decide favorecer a ciertas empresas que se encuentran en el mercado adyacente, que por lo general son propiedad del mismo monopolista o tienen algún grado de

---

*—the idea that a firm with monopoly in one market can use its power to gain monopoly power in another— is an old and persistent one. And why not? The picture of the ever-expanding empire of a «malefactor of great wealth» has at least the appeal of a well-told horror story. In the last few decades, however, economists and others have cast doubt on the realism of the tale, and the current state of thinking is that profitable monopoly leveraging is possible, but not so often as might be supposed without analysis».*

32 REY, PATRIC & TIROLE, JEAN, *A Primer on Foreclosure*, op. cit., pág. 2148.

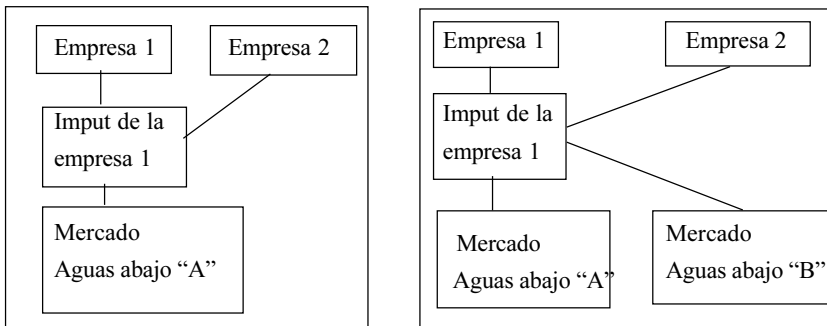
33 Es necesario considerar que no sólo hacemos referencia a negativas de negociación suministro o licencias, sino también en un sentido indirecto a formas que perturban el acceso de terceros al mercado, tales como la de vinculación de productos, la reducción de márgenes, precios predatorios, etc.

vinculación especial (como puede ser una empresa en participación o *joint venture*, o por los efectos de los contratos de exclusividad)<sup>34</sup>.

Es importante reconocer, según lo visto, que las definiciones de cierre de mercado pueden ser establecidas desde diferentes perspectivas. En primer lugar por la referencia al tipo de comportamiento que desarrolla una empresa: Así, se entenderá que existe un cierre de mercado al comprobar el tipo de comportamiento que consiste en una negativa de venta, suministro o cualquier forma de negativa a contratar bienes intermedios, o bien en un incremento de los precios de los bienes intermedios sólo para determinadas empresas (discriminación). En segundo lugar, el cierre de mercado puede ser visto desde la perspectiva de los efectos que determinados comportamientos pueden tener: así,

- 34 REY, PATRIC & TIROLE, JEAN, A Primer... *Op. cit.*, pág. 2149. LIANOS, IOANNIS. La Transformation du Droit de la Concurrence par le Recours À L'Analyse Économique. Ed. Ant. N. Sakkoulas. Atenas 2007, págs. 817 y 818. COMBE, EMMANUEL. Économie et Politique de la Concurrence. Ed. Dalloz. 2005. Paris, págs. 248 y 249. El comportamiento denominado *foreclosure*, puede ser explicado en sus dos formas de una manera más clara a través de las siguientes gráficas.

Figura 1. Figura 2.



En el cuadro 1, la empresa con poder de mercado (empresa 1) impide el desarrollo de la competencia en su propio mercado aguas abajo. De este cuadro se puede interpretar que la empresa 1 posee un recurso importante (*imput* de la empresa 1) y por ese hecho controla el acceso al mercado (“A”) donde ella opera, fundamentalmente impidiendo que la empresa 2 entre en el mercado por medio de una negativa o una discriminación, hechos que le permiten conservar su posición monopólica en el mercado “A”. En el cuadro 2, el hecho es notoriamente diferente, ahora la empresa 1, niega el acceso a su *imput* a la empresa 2, que desea participar en un mercado “B” en el cual no participa la empresa 1, y que se traduce en un nuevo producto o servicio para los consumidores.

sólo se tendrá en cuenta la existencia de un cierre de mercado cuando una firma sea expulsada del mercado o cuando su capacidad de competencia haya sido limitada, por ejemplo en casos de acuerdos de exclusividad<sup>35</sup>.

La práctica de cierre de mercados puede tomar otros matices desde el punto de vista económico, dependiendo si se trata de un cierre de mercado vertical o de un cierre de mercado horizontal. Para el primer caso, en la medida que se esté cerrando el mercado con efectos sobre un nuevo mercado o un mercado diferente al del agente económico que produce el cierre del mercado. En el segundo caso, del cierre horizontal, lo que se pretende es el cierre de un producto que se le vende a los consumidores, donde el monopolista tiene su mercado y en el cual pretende excluir (en el sentido de marginalizar a los competidores) cualquier tipo de competencia o bien, no permitir el ingreso de terceros a su mercado. El punto que puede diferenciar con mayor claridad lo anterior es el siguiente: mientras en las relaciones verticales lo que se pretende es el acceso a un *input*, en el cierre horizontal lo que se busca es que los productos de los competidores no lleguen a los consumidores<sup>36</sup>. En todo caso, las circunstancias de los mercados permiten que se crucen los cierres verticales y horizontales, por ejemplo en el caso de empresas que se encuentran integradas verticalmente y a su vez discriminan o niegan un óptimo acceso a un

---

35 No se puede perder de vista que en determinados casos, un cierre de mercado obedece a comportamientos naturales del mismo mercado, de modo que el criterio de valoración sobre un cierre de mercado ilegal obedece a un tipo de análisis más detallado de las circunstancias específicas del caso. Vid *Infra*. Apartado 4, Efectos sobre el bienestar.

36 Vid, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Diciembre 2005. Considerandos 69 a 73. Bajo el título Cierre de Mercados Horizontal versus el Cierre de Mercados Verticales (*Horizontal versus Vertical Foreclosure*), nos dice la Comisión que se pueden encontrar dos grupos de conductas anticompetitivas. Bajo un grupo estarían los precios predatorios, los acuerdos de exclusividad y descuentos, la vinculación de productos y los productos atados. En el otro grupo se encontraría la negativa a negociar.

*imput* a los terceros que dependen del mismo para ser competitivos en el mercado<sup>37</sup>.

Bajo las consideraciones anteriores es preciso aclarar que nuestro trabajo está direccionado al cierre de mercado relacionado con las negativas de suministro, con especial atención a las negativas a otorgar una licencia que suceden en mercados relacionados verticalmente donde los bienes son comprados y/o vendidos en un estado intermedio de la cadena de valor y con antelación de la venta o suministro al consumidor.

Sin embargo, estando nuestro trabajo orientado al cierre de mercados desde una perspectiva de relaciones de verticalidad, es importante hacer algunas alusiones al cierre de mercado horizontal desde dos perspectivas: la primera y más común de ellas está configurada por aquellas relaciones que están establecidas por bienes que son vendidos o suministrados al consumidor final, como por ejemplo la vinculación de productos y de bienes atados; la segunda forma de restricciones horizontales a las que también haremos alusión están constituidas por las negativas a contratar entre competidores que sólo tienen por objeto cerrar el mercado de un competidor<sup>38</sup>. Es importante reconocer que otras prácticas pueden llevar al cierre de mercados, pero que, desde nuestra perspectiva, requerirían un estudio independiente por la naturaleza de las mismas, por lo que sólo se hará referencia a estas conductas de forma tangencial y en especial para establecer diferencias con determinados comportamientos, como por ejemplo los precios predatorios y los cierres de mercado coordinados por carteles o boicots.

Bajo este marco es preciso reconocer la complejidad del análisis del cierre de mercados, en especial por tres razones. En primer lugar, por el conjunto de estructuras de mercado en las cuales el cierre puede ocurrir, por ejemplo en mercados donde el monopolio se encuentra en la parte superior o inferior de la cadena de distribución, que a su vez puede estar integrado o no con otro agente económico en sentido vertical ascendente o descendente según sea el caso. También existe la posibilidad de que existan diferentes monopolios en la parte superior o inferior y que mantengan relaciones con otros agentes que pueden encontrarse en competencia<sup>39</sup>. Otros casos que pueden presentar interés serían los mercados oligopólicos verticalmente integrados o con

diferentes grados de integración, como los mercados de las nuevas tecnologías<sup>40</sup>.

En segundo lugar, la complejidad se incrementa en razón de las estrategias que las empresas pueden desarrollar para limitar o denegar el acceso. Bien porque existe una negativa o porque existen exclusividades con terceros, sean éstas de venta, compra, territorio, de segmentos o de grupo objetivo. La variedad de matizaciones y posibilidades de análisis de las prácticas relacionadas con el cierre de mercados, aconseja limitar la observación en función de si la restricción se fundamenta en condiciones de precios o en cualesquiera otras condiciones. El cierre de mercados vertical que se relaciona con exclusiones mediante precios puede tener lugar mediante descuentos de fidelidad, vinculaciones mixtas o precios predatorios. Las restricciones verticales que no se relacionan con los precios estarían caracterizadas por acuerdos de exclusividad y productos vinculados. Desde la perspectiva horizontal del cierre de mercado, si éste se relaciona con los precios podríamos, las conductas se caracterizarían por estrechamiento de márgenes (*margin squeeze*) y las negativas implícitas de suministro (*constructive refusal*), mientras que si relacionamos la exclusión no fundamentada en los precios tenemos las negativas a negociar, como también las negativas implícitas de suministro. En definitiva, bajo este punto, el cierre de mercados puede provenir tanto de prácticas unilaterales como bilaterales. Es decir, bajo el primer supuesto nos encontraríamos tanto con las integraciones verticales, las negativas de suministro o negativas a contratar con empresas, como también con la discriminación de precios<sup>41</sup>. Bajo el segundo supuesto, de prácticas bilaterales, su razón se fundamenta en relaciones contractuales tales como los acuerdos de ventas atadas, los contratos de exclusividad recíproca, cláusulas de clientes más favorecidos y cláusulas de no competencia<sup>42</sup>.

En tercer lugar, la complejidad del análisis del cierre horizontal de mercados se ve determinada por las características de los mismos comportamientos, pues como lo hemos enunciado anteriormente, las conductas de las empresas y la cooperación entre las mismas pueden perseguir objetivos mixtos como incrementar las eficiencias y restringir

a los competidores, unas veces objetivamente justificados y otras veces solamente con fines excluyentes. También es preciso reconocer que las conductas algunas veces pretendiendo o teniendo por objeto el incremento del bienestar en razón de la eficiencia por razones ajenas a los comportamientos, pueden resultar por efecto anticompetitivas como sucede en casos de acuerdos de exclusividad donde un sector se encuentra muy fragmentado por los acuerdos realizados por otras empresas<sup>43</sup>.

Cuando se trata de identificar las razones que debe clarificar una autoridad de la competencia para verificar los efectos negativos de un cierre de mercado en virtud de una relación vertical, es decir, la posible exclusión de otros agentes económicos o empresas situadas aguas arriba o aguas abajo de la cadena de distribución o comercialización es necesario identificar un conjunto de elementos bajo un análisis global de factores extrínsecos e intrínsecos a la relación del proceso competitivo, los primeros relacionados con la estructura de los mercados y los segundos con la naturaleza de las relaciones que se crean entre los diferentes agentes<sup>44</sup>.

---

37 LIANOS, IOANNIS, *La transformation du Droit*, *op. cit.*, págs. 818 y 819.

38 REY, PATRIC & TIROLE, JEAN, *A Primer...* *Op. cit.*, pág. 2149.

39 Ejemplos de estos mercados serían: el mercado del gas (diferentes monopolios en la parte superior), el mercado de los hospitales con servicios especializados (monopolios en la parte inferior), el mercado de la telefonía, etc.

40 *Vid.* KOCSIS, MICHIEL *et al.*, *Vertical Foreclosure...* *Op. cit.*, pág. 16.

41 LIANOS, IOANNIS. *La Transformation du Droit*. *Op. cit.*, pág. 819.

42 HYLTON, KEITH N. & SALINGER, MICHAEL A., *A Decision Theoretic Approach*. Boston University School of Law, en *Working Papers Series*, Law and Economics. Working Paper N° 01-04, pág. 1.

43 JONES, ALISON & SUFRIN, BRENDA, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*. Third edition. Ed. Oxford University Press. Oxford, 2008, 679-772.

44 Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a las restricciones verticales. (2000/C 291/01). Considerando 103. “*Las consecuencias negativas para el mercado que se pueden derivar de las restricciones verticales que la normativa de competencia de la CE pretende evitar son las siguientes: (i) exclusión del mercado a otros proveedores u otros compradores mediante el incremento de los obstáculos de entrada; (ii) reducción de la competencia intermarca entre las empresas que operan en un mercado, incluida la posibilidad de facilitar la colusión entre suministradores*”



Para concluir, diremos que nuestro trabajo va dirigido al estudio de los recursos esenciales (*essentials facilities*) como un desarrollo de la teoría del cierre de mercado y del apalancamiento especialmente desde una perspectiva de las relaciones verticales de mercado<sup>45</sup>. En este tipo de relaciones de mercado que se tejen entre los agentes económicos (los productos de una empresa (*outputs*) son a su vez la materia prima (*inputs*) para los otros agentes) también podemos encontrar que además de la relación proveedor-cliente, a su vez, los mismos agentes son competidores en otro de los segmentos de la cadena de producción o distribución, creando posibilidades para que se pueda interpretar que los objetivos de una negativa a contratar o de suministro puedan tener diversa índole. Desde una perspectiva negativa, se puede analizar si el objetivo del agente económico es apoderarse de un nuevo mercado o reforzar una posición privilegiada en un mercado principal, con la consecuencia de expulsar o marginalizar a otros agentes del mercado, sobre todo protegiendo la posición monopólica que ostenta en el mercado<sup>46</sup>. Desde otra perspectiva, estas mismas conductas podrían ser estructuradas desde finalidades relacionadas con el mantenimiento

---

*o compradores; se entiende por colusión tanto la explícita como la tácita (comportamiento paralelo consciente); (iii) reducción de la competencia intramarca entre distribuidores de la misma marca; (iv) creación de obstáculos a la integración de mercados, entre los que se incluyen, sobre todo, las limitaciones a la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el Estado miembro de su elección.”*

- 45 Para una visión de las relaciones verticales, *Ver* TIROLE, JEAN. A. La Teoría de la Organización Industrial. Ed. Ariel. Edición Española a cargo de Carmen Matutes y colaboradores. Barcelona. 1990, pág. 295 y ss.
- 46 REY, PATRIC & TIROLE, JEAN. A Primer... *Op. cit.*, pág. 15. “[...], when the monopolized market supplies an input used by a downstream industry, the motivation for foreclosure cannot be the desire to extend market power; since there is a single final product and thus a single monopoly profit. Foreclosure can however serve to protect rather than extend monopoly power...”. Como se puede observar en esta importante aclaración, el efecto no puede ser extender su poder de monopolio, pues las ganancias monopólicas podría ya haber obtenido los beneficios monopólicos, sino que su objetivo podría estar más relacionado con proteger la posición que tiene. Sin embargo, como podremos observar más adelante hay una importancia sustancial sobre los efectos en el corto plazo y los efectos en el largo plazo.

de los incentivos de la innovación para evitar comportamientos oportunistas<sup>47</sup>.

Por último, otro de los retos que asumimos bajo este trabajo es establecer la diferencia de trato que desarrollan las autoridades de competencia desde la perspectiva de los acuerdos o de la posición dominante a conductas excluyentes, en especial aquellas que se relacionan con las negativas a terceros, como también el alcance de lo que se espera que sea una justificación objetiva por parte del agente económico<sup>48</sup>. Bajo esta perspectiva trataremos de establecer el marco de referencia donde la discusión está planteada, pero, como tendremos la oportunidad de analizar, los acercamientos y diferencias se pierden comúnmente en los argumentos de las autoridades de las competencia, en especial, aquellos que hacen referencia a especiales responsabilidades o que admiten de forma excesivamente amplia argumentos eficientistas fundamentados en las preocupaciones de *free rider*<sup>49</sup>.

---

47 ALFARO ÁGUILA - REAL, J., *La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia Una concepción privatística del derecho antimonopolio*, en *InDret*. Noviembre de 2004. Barcelona, pág. 24.

48 DG Competition discussion paper on the application of Article 82, *Op. cit.* Considerando 77. “*Exclusionary conduct may escape the prohibition of Article 82 in case the dominant undertaking can provide an objective justification for its behaviour or it can demonstrate that its conduct produces efficiencies which outweigh the negative effect on competition*”; Comunicación de la Comisión. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, del 2 febrero de 2009. C(2009) 864. Considerandos 28 y 30. “[*la justificación de la empresa dominante puede hacerse demostrando que su conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores. En este contexto, la Comisión evaluará si la conducta en cuestión es imprescindible y proporcional al presunto objetivo de la empresa dominante*”, “*Cuando no existe ninguna competencia residual ni ninguna entrada previsible que constituya una amenaza, la protección de la rivalidad y del juego de la competencia prima sobre los posibles aumentos de eficiencia. En opinión de la Comisión, por lo general, una conducta excluyente que mantiene, crea o consolida una posición de mercado que se aproxima a la de un monopolio no puede justificarse argumentando que también crea aumentos de eficiencia*”.

49 KOLASKY, WILLIAM, *Refusals to Deal with Rivals: A Proposed Synthesis*, en Joint DOJ/FTC Workshop on Monopolization. Julio 18, 2006, págs. 7-20. Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/60718FTC.pdf>

Para desarrollar estas consideraciones es necesario adentrarnos primero, en ... la posición que las diferentes escuelas de pensamiento económico han planteado sobre el análisis del derecho de la competencia y segundo, su aplicación a los casos concretos por parte de las autoridades de competencia, evaluando su inscripción a determinadas escuelas o la consecución de objetivos políticos inherentes a determinados ordenamientos jurídicos.

### 3. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA: ESTUDIO DE LAS ESCUELAS DEL PENSAMIENTO ECONÓMICO Y JURÍDICO SOBRE EL CIERRE DE MERCADO

La siguiente sección está dedicada a identificar la evolución del pensamiento entre las diferentes escuelas de pensamiento jurídico-económico del derecho de la competencia a través del cierre de mercado. Especialmente nos concentraremos en aquellas conductas unilaterales y bilaterales que generan problemas verticales de cierre de mercado. Aunque la discusión sobre la aproximación que las autoridades de competencia deben tener con respecto a tales conductas ha tenido sus orígenes en los Estados Unidos, en la Unión Europea esa discusión ha sido sistematizada en algún grado a través de las diferentes Directivas y Reglamentos, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>50</sup>. Aún reconociendo que la discusión se encuentra abierta, el derecho de la competencia europeo en los últimos años ha pretendido (consideramos que con cierto éxito en materia de cierre de mercado) hacer prevalecer la certidumbre de la existencia de la competencia, evitando conductas excluyentes, sobre la incertidumbre de mercados más innovadores que benefician a los consumidores en cabeza de empresas monopólicas que

---

50 BUTTIGIEG, EUGÈNE, Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest... *Op. cit.*, pág. 47 y ss.

dirigen sus conductas a limitar posibilidades ciertas de competencia actual y potencial<sup>51</sup>.

### 3.1. ESCUELA ESTRUCTURALISTA O DE HARVARD

#### 3.1.1. PENSAMIENTO DE LA ESCUELA ESTRUCTURAL O DE HARVARD

La escuela de Harvard tiene como bases fundacionales los estudios de autores como EDGARD CHAMBERLAIN<sup>52</sup>, EDWARD MASON<sup>53</sup> y JOE BAIN<sup>54</sup> sobre la estructura del mercado, los cuales hacen referencia al tamaño y número de firmas que participan en un mercado y que a su vez cumplen la función de condicionantes de los resultados que se derivan en un determinado mercado<sup>55</sup>. Esto es, bajo una específica estructura de

- 
- 51 Comunicación de la Comisión. Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, del 2 febrero de 2009. C (2009) 864. Considerando 30. En materia de justificación objetiva la Comisión ha sostenido que: “[...] *la empresa dominante deberá demostrar, con un grado suficiente de probabilidad, y basándose en pruebas comprobables, que se cumplen las siguientes condiciones acumulativas: [...] En opinión de la Comisión, por lo general, una conducta excluyente que mantiene, crea o consolida una posición de mercado que se aproxima a la de un monopolio no puede justificarse argumentando que también crea aumentos de eficiencia*”
- 52 CHAMBERLAIN, EDWARD H., *The Theory of Monopolistic Competition: A Re-orientation of the Theory of Value*, 8a. edición. Ed. Harvard University Press. 1962, pág. 396.
- 53 MASON, EDWARD, *Economic Concentration and the Monopoly Problem*. Ed. Harvard University Press. Cambridge. 1964, pág. 411.
- 54 BAIN, JOE, *Industrial Organization*. Ed. John Wiley & Sons Inc. 2a Edición. 1968, pág. 694; BAIN, JOE. *Barriers to New Competition: their Character and Consequences in Manufacturing Industries*. Ed. Harvard University Press. Cambridge 1956, pág. 329, págs. 53-113.
- 55 Vid. VAN CAYSELE, PATRICK & VAN DEN BERGH, ROGER, *Antitrust Law*, en *Encyclopedia of Law and Economics*, Internet. <http://users.ugent.be/~gdegeest/5300book.pdf> (Visitado: 02/04/2008) págs. 467-496, pág. 472. “*This is what the S-C-P paradigm tried to achieve: a general theory that mapped common elements in the market structure of any industry into a performance indicator of that sector*”.

mercado, la dinámica de la competencia se verá determinada e influenciada por los comportamientos desarrollados por las empresas. Este análisis fue utilizado por los académicos de Harvard para configurar el análisis estructural (estructura - conducta - resultado)<sup>56</sup> en el derecho de la competencia, describiendo que cuando un mercado está concentrado las firmas podrían estar más interesadas en la realización de conductas anticompetitivas (disminución de la oferta e incremento de los rendimientos monopolistas) situando al derecho de la competencia en la posición de análisis de los comportamientos a la luz de reglas *per se* de ilegalidad fundamentadas principalmente en supuestos estructurales.

Sin perjuicio de las observaciones realizadas por esta corriente de pensamiento sobre el comportamiento de las empresas, la escuela de Harvard prefiere la libertad de las empresas a una regulación excesiva por parte del Estado<sup>57</sup>. En otras palabras, esta escuela consideraba más importante la aplicación de un derecho de la libre competencia que las opciones regulatorias desarrolladas bajo el *New Deal* como la *Nacional Industrial Recovery Act*<sup>58</sup> que establecía un marco de prohibiciones legales a la realización de determinadas prácticas comerciales, que generó importantes traumatismos para el desarrollo de las actividades mercantiles<sup>59</sup>.

---

56 MASON, EDWARD S., *The Current Status of the Monopoly Problem in the United States*, en *Harvard Law Review*, vol. 62, N° 8. Junio de 1949, págs. 1265-1285.

57 Con posterioridad a la excesiva intervención del Estado en la promoción de “cooperación” entre empresas que condujeron a la cartelización y reducción de la competencia en los mercados, el Presidente Roosevelt nombró en la Dirección de la División Antitrust del Departamento de Justicia a Thurman Arnold, quien refuerza el papel de esta división contra los carteles y el abuso de la posición dominante. *Vid.* KOVACIC, WILLIAM E. y SHAPIRO, CARL. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, N° 1. 2000, págs. 43-60; 49.

58 National Industrial Recovery Act (NIRA - Ley de Recuperación Industrial Nacional) del 16 de junio de 1933. Esta ley impuso sobre el Estado la carga de organizar sectores industriales o manufactureros que terminaron comportándose de forma cartelizada, llevando a la economía de los Estados Unidos, bajo los diferentes códigos de la NIRA, a ser una economía dirigida en los precios como en la forma de venta de importantes sectores artesanales e industriales.

59 KOVACIC, WILLIAM E. & SHAPIRO, CARL, *Antitrust Policy: A Century... Op. cit.*, pág. 49.

El trabajo de esta escuela, desde una perspectiva muy general de la competencia, presenta dos aspectos importantes para el desarrollo de la jurisprudencia norteamericana. El primero se fundamenta en exámenes más duros sobre los comportamientos de empresas que poseen cierto grado de poder de mercado (sectores integrados por empresas en forma de monopolio u oligopolios). El segundo se concentra en la simplificación de las cargas de prueba en el desarrollo de procesos de libre competencia emprendidos por las autoridades en los Estados Unidos<sup>60</sup>.

El trabajo desarrollado por la escuela de Harvard, desde una perspectiva económica sólida, puede ser revisado desde dos perspectivas. La primera bajo la implementación del concepto de competencia factible (*workable competition*), el cual tuvo un papel muy importante en la política de competencia en los años cuarenta y cincuenta<sup>61</sup>. Este concepto fue incorporado en 1955 con el objeto de reconocer la importancia de la intervención de la política de competencia en sectores donde la competencia no funciona correctamente bajo los esquemas de competencia imperfecta y así evitar comportamientos

---

60 La fuerza que recibe el derecho de la competencia se fundamenta en los problemas que había causado la regla de la razón desarrollada en el conocido caso Chicago Board of Trade en 1918, la cual facilitaba que los acusados se liberaran de cualquier tipo de sanción por las cargas de prueba a la que se veían sometidos los demandantes. *Vid.* Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231. (1918) “*But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates, and perhaps thereby promotes competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question, the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied, its condition before and after the restraint was imposed, the nature of the restraint, and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation, or the reverse, but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences*”.

61 CLARK, J.M., *Toward a Concept of Workable Competition*, en *The American Economic Review*, vol. 30, N° 2, junio de 1940, págs. 241-256.

anticompetitivos<sup>62</sup>. La segunda, desde los planteamientos de JOE BAIN en los sesenta, sobre una aproximación económica que pretendía demostrar algunos fallos de los mercados nos regulados<sup>63</sup>.

Desde la perspectiva de la escuela de Chicago, las consideraciones anteriores fueron tomadas como objetos de crítica sobre los que se construiría los postulados de su escuela<sup>64</sup>. Las críticas realizadas tenían tres puntos básicos de análisis: (i) Las economías de escala no sustentaban de forma predominante la mayoría de mercados y reflejaban niveles de concentración anticompetitivos en algunos sectores que permitían concluir la imposibilidad de conseguir óptimos productivos eficientes; (ii) Las barreras de entrada para nuevas empresas eran muy altas y podían a su vez ser fácilmente manipuladas por empresas con poder de mercado; (iii) Los rendimientos monopólicos comienzan a ser asociados con sectores oligopólicos donde los niveles de concentración no eran muy altos. Estas ideas llevaron a la desconcentración de mercados oligopolísticos y en algún grado con la protección de empresas pequeñas bajo la idea que un alto número de pequeñas empresas podrían conseguir precios más bajos que un pequeño número de empresas grandes<sup>65</sup>.

Críticos de la escuela de Harvard han reconocido sus ventajas e imperfecciones, denunciando que las cortes podrían fallar diferentes tipos de casos que se presumían ilegales sin tener que comprometerse en complejos análisis económicos de las circunstancias que se presentaban en el mercado relevante. Esto a su vez, aunque criticable

---

62 Vid. Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Law. Washington. 1955.

63 BAIN, JOE, *Economics of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in the Twenty Manufacturing Industries*, en *American Economic Review*. N° 44. 1954. pág- 38 y ss; BAIN, JOE, *Barriers to New Competition: their Character and Consequences in Manufacturing Industries*. Ed. Harvard University Press. Cambridge 1956, pág. 329, págs. 53-113.

64 Vid. POSNER, RICHARD A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, págs. 925-948.

65 HOVENKAMP, HERBERT, *Policy After Chicago*, en *Michigan Law Review*, vol. 84. N° 2. Noviembre de 1985, págs. 213-284, págs. 218-219; HOVENKAMP, HERBERT. *Federal Antitrust Policy... Op. cit.*, pág. 61.

por la dicotomía entre bienestar y seguridad jurídica, generaba a los agentes económicos que participaban en el mercado un grado de certeza sobre el resultado de los procesos que se adelantaran por presuntas violaciones de las normas de libre competencia. Igualmente las empresas podía conocer con mayor certeza qué comportamientos debían evitar para no verse sancionados por prácticas anticompetitivas. Una lectura en sentido contrario, diría que la posición sostenida por las cortes fue una barrera a la realización de comportamientos procompetitivos por razón de los peligros de un incremento en los niveles de concentración del mercado relevante en el que participaban<sup>66</sup>.

Las críticas a la escuela de Harvard, partían fundamentalmente de la consideración que sus postulados encontraban con bastante facilidad violaciones a la libre competencia en los diferentes tipos de competencia agresiva que pudiese desarrollar un empresario en el mercado<sup>67</sup>. Desde esta perspectiva, la simpleza de los análisis formulados por Harvard, contenían consecuencias perjudiciales para los consumidores en la medida en que ciertas prácticas que sólo presentaban beneficios eran prohibidas simplemente por el tamaño de la empresa o empresas que se encontraban vinculadas en una determinada práctica, mientras que si la conducta fuera desarrollada por una empresa con bajas cuotas de mercado la misma no tendría ningún tipo de inconveniente por el solo hecho de la cuota de mercado<sup>68</sup>.

---

66 PIRAINO, TOMAS A. Jr. *Reconciling the Harvard and... Op. cit.*, pág. 350.

67 Las críticas buscaban demostrar la ausencia de diferenciación entre comportamientos anticompetitivos y procompetitivos, especialmente en materia de comportamientos excluyentes, donde las autoridades y académicos pretendieron buscar otros tipos de fines (sociales especialmente) diferentes a la eficiencia y bienestar económico. Vid. BORK, ROBERT H. & BOWMAN, WARD S. Jr. *The Crisis in Antitrust*, en *Columbia Law Review*, vol. 65, N° 3. Marzo de 1965, págs. 363-376.

68 Vid. HOVENKAMP, HERBERT, *Antitrust and the Dominant Firm: Where do we Stand?* En: Federal Trade Commission, Section 2, Hearings. Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/comments/section2hearings/hovenkamppaper.pdf> “*That school [Harvard] rested on a fairly rigid theory of Cournot oligopoly, exaggerated notions about barriers and impediments to entry, and a belief that certain types of anticompetitive conduct were more-or-less inevitable given a particular market structure.*”



Por último, bajo las tesis desarrolladas por las cortes en contra de los comportamientos adelantados por las empresas, en especial por la presunción de ilegalidad del incremento de concentración y de los efectos de las conductas con poder de mercado, se terminó privando que los consumidores de precios más económicos y mayores niveles de producción<sup>69</sup>. Desde la perspectiva de Harvard, los perjuicios de las concentraciones de mercados o la exclusión de competidores, condujo a una política de competencia preocupada por pequeñas y medianas empresas que no eran lo suficientemente eficientes para permanecer en el mercado<sup>70</sup>.

A continuación, dedicaremos algunas páginas al estudio del cierre de mercado desde la perspectiva de la escuela de Harvard, reconociendo sus bases teóricas y la casuística donde tuvo sus efectos, en especial en materia de conductas unilaterales y multilaterales.

### 3.1.2. ANÁLISIS DEL CIERRE DE MERCADOS DESDE LA ESCUELA ESTRUCTURAL O DE HARVARD

#### *a. Consideraciones generales sobre el cierre de mercado desde la perspectiva de la escuela de Harvard*

La interpretación de la escuela de Harvard sobre los monopolios concentró el análisis del cierre de mercado, especialmente en los

---

69 TURNER, DONALD F., *The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, en *Harvard Law Review*, vol. 75, 1962, págs. 655-706, 663-673. TURNER explica que si los mercados concentrados son ineficientes el Congreso entonces debería legislar permitiendo que las cortes dividan las empresas que sean muy grandes, evitando la posibilidad que adquieran economías de escala y bajos costos de producción. BAKER, DONALD I. *Government Enforcement of Section 2*, en *Notre Dame Law Review*, vol. 61, 1986, pág. 898 y ss.

70 Para una visión de la casuística que ilustran la visión ortodoxa de la importancia de la estructura del mercado como determinante de la imposibilidad de las empresas para desarrollar determinados comportamientos, *Vid.* *United States v. Aluminum Company of America*. (Alcoa) 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945) y *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. . 321, 371 (1963).

cambios estructurales en el segundo mercado, considerando que una empresa que posee un poder de mercado en un mercado específico y desplaza su poder de mercado a otro mercado secundario tendrá como consecuencia la expulsión de los agentes económicos que participan en el mismo y un fortalecimiento de su posición<sup>71</sup>. En todo caso es importante no olvidar que uno de los argumentos más críticos realizados por la escuela de Chicago sobre el cierre de mercado consistió en el reconocimiento de reglas *per se* de legalidad que justificaban el ejercicio del poder de mercado del monopolista<sup>72</sup>. Así, Chicago pretendió alejarse de las reglas establecidas por la escuela de Harvard sobre una violación de la sección 2 de la Sherman Act cuando una empresa intenta incrementar su poder de mercado o proteger sus cuotas de mercado<sup>73</sup>.

Las consideraciones realizadas por la escuela de Harvard parten del razonamiento sobre la capacidad presunta que se le atribuye al agente económico con poder de mercado para obtener el control suficiente del segundo mercado y eliminar la competencia que existe en el mismo, considerando que los cambios estructurales ocurren no porque el agente con poder de mercado ofrezca un producto mejor y a un mejor precio, sino porque tal resultado obedece al poder que ostenta en el otro mercado. Las consecuencias para el futuro de esos segundos mercados, según esta visión, sería el incremento de las barreras a la entrada de nuevos competidores. La razón que justifica esta idea se sustenta en que para que concurra un nuevo competidor, éste requeriría tener la capacidad de ser competitivo en los dos mercados<sup>74</sup>.

---

71 FELDMAN, ROBIN COOPER, *Defensive Leveraging... Op. cit.*, pág. 3, Nota. 22.

72 PIRAINO, THOMAS A., JR. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century* En: *Indiana Law Journal*, vol. 82, 2007, pág. 345 y ss, pág. 360 “*Harvard School scholars have assumed that poor economic performance is inevitable in monopoly markets. Until the late 1960s, the federal courts and enforcement agencies followed a Harvard School approach in section 2 cases, and they became willing to find monopolists liable, even if they had not engaged in any exclusionary behavior*”.

73 PIRAINO, THOMAS A., JR., *Identifying Monopolists' Illegal Conduct Under the Sherman Act*, en *New York University Law Review*, vol. 75, 2000, pág. 809 y ss; 829.

74 KAPLOW LOUIS, *Extension of Monopoly Power through Leverage*, en *Columbia Law Review*, vol. 85, N° 3, 1985, págs. 515-556; 537-539.

Sin embargo, el punto principal o de mayor fuerza de Harvard para rechazar las conductas de cierre de mercados, y que posteriormente se convierte en el punto de contra-argumentación económica para la escuela de Chicago, tiene como premisa la posibilidad que poseen las empresas que se vinculan a estas prácticas de incrementar los precios, limitar la oferta y obtener rendimientos económicos mayores por razón del segundo mercado, obligando a los consumidores a pagar precios superiores a los de mercados competitivos en los dos mercados: sobre el que se tenía previamente un poder de mercado y sobre el que posteriormente se obtiene ese poder por las prácticas desarrolladas<sup>75</sup>.

b. *Evaluación de las conductas unilaterales y su aplicación en la casuística en materia de cierre de mercado desde la perspectiva de la escuela de Harvard*

Como se pudo apreciar en las líneas precedentes, para la escuela de Harvard la teoría del cierre de mercados se ha desarrollado bajo el supuesto de que estas prácticas comerciales son en todo caso intentos de extender el poder de mercado<sup>76</sup>. Este argumento parte en los Estados Unidos del disenso del juez WHITE en el caso *Henry v.*

---

75 FELDMAN, ROBIN COOPER, *Defensive Leveraging... Op. cit.* “Traditional theorists assumed that the monopolist would be able to generate monopoly profits from the secondary market and add them to the monopoly profits generated in the primary market. The assumption has such intuitive appeal that theorists did not discuss it. Surely, two monopolies generate more monopoly returns than one”; para una crítica sobre estos argumentos desde la escuela de Chicago, Vid. POSNER, RICHARD. *Antitrust Law, op. cit.*, pág. 193 y ss.

76 Como ha sido sostenido por RICHARD POSNER y HOVENKAMP, la discusión sobre el derecho de la competencia o derecho *antitrust* no ha dependido de una reflexión filosófica de su contenido, sino que más bien la discusión ha surgido por razón de lo que los jueces han hecho y sus efectos en el mercado, los cuales han permitido ser analizados y ponderados con el paso de los años constituyendo así las bases para una teoría del debido alcance de la política de la competencia. POSNER, RICHARD. *The Chicago School of Antitrust Analysis*, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, N° 4, 1979, págs. 925-948; 926; HOVENKAMP, HERBERT. *Federal Antitrust Policy... Op. cit.*, pág. 59 y ss.

*A.B. Dick Co.* de 1912 sobre el alcance de un derecho de patente en relación con otros bienes accesorios que no tienen la misma protección<sup>77</sup>. Este disenso, años más adelante, fue adoptado por la Corte Suprema en el caso *Motion Picture* de 1917<sup>78</sup> y se extendió a casos relacionados con las ventas atadas<sup>79</sup>, concentraciones verticales<sup>80</sup>, acuerdos de venta exclusiva<sup>81</sup> y en casos de abusos de posición dominante<sup>82</sup>.

La Corte Suprema, bajo la influencia de la escuela de Harvard, en la interpretación de la Sección 2 de la Sherman Act asume en el caso *Griffith*<sup>83</sup> la posición de reprochar la conducta a un conjunto de empresas por abusar de su posición de dominio en un mercado para extender ese poder a otros mercados. En este caso se sanciona la utilización de un poder de mercado por parte de cuatro corporaciones afiliadas que operaban en el mercado de los teatros de cine en Oklahoma, Texas y Nuevo México, por medio de unos *contratos maestros (master agreement)* con los distribuidores de las películas, los cuales permitían que estos consiguieran las exclusividades del estreno de las películas y segundas presentaciones de las mismas para los mercados donde no tenían competidores, pero en los contratos también incorporaban las zonas donde existía competencia, generando con tal

---

77 HENRY V.A.B. DICK CO., 224 U.S. 1, 50 (1912) “[...]that a patentee, in selling the machine covered by his patent, has power by contract to extend the patent so as to cause it to embrace things which it does not include; in their words, to exercise legislative power [...] of a far-reaching and dangerous character”.

78 Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co. 243 U.S. 502 (1917).

79 Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp. 394 U.S. 495, 509 (1969); Times – Picayune Publishing Co. v. United States. 345 U.S. 594, 611 (1953); KAPLOW, LOUIS. *Extension of Monopoly Power Through Leverage*, en *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, págs. 515-556; 517.

80 Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 332 (1962); KAPLOW, LOUIS. *Extension of Monopoly Power...* Cit. Supra, págs. 516-517.

81 Standard Oil Co. v. United States. 337 U.S. 293, 305-306, 314 (1949); KAPLOW, LOUIS. *Extension of Monopoly Power...* Cit. Supra, págs. 516-517.

82 *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948).

83 *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948).

conducta que sus competidores se encontraran ante restricciones que les imposibilitaba operar satisfactoriamente. La Corte al presentar el problema del monopolio estableció que:

*“[...] el poder de monopolio, adquirido de manera legal o ilegal, puede constituir un atentado a la libre competencia y ser condenado por la sección 2 de la Sherman Act aunque el monopolista no abuse. La Sección 2 se refiere, en efecto, a la adquisición y retención de un poder efectivo del mercado. [...] Por lo tanto, la existencia de un poder de excluir la competencia, cuando se desea hacerlo, es en sí es una violación de la sección 2 de la Sherman Act, siempre que esto esté acompañado con el propósito o el intento de ejercer ese poder. [...] Es de hecho no-razonable, per se, excluir a los competidores de cualquier parte sustancial del mercado. [...] En este sentido, las normas antitrust son violadas tanto por prevenir la competencia como por destruirla. Resulta entonces que la utilización de un poder de mercado, así este haya sido adquirido por medios conformes a la legalidad, con el fin de evitar la competencia, de obtener ventajas competitivas o para destruir a un competidor, es contrario a la ley”<sup>84</sup>.*

Bajo la luz de este caso, la Corte Suprema definió así la monopolización ilegal bajo dos elementos: (i) la posesión de un poder monopólico en el mercado relevante; y (ii) la intención de adquirir o mantener ese poder de forma diferente a un crecimiento y desarrollo como consecuencia de un producto superior, una mayor inteligencia o del azar. Este fallo sigue las líneas de lo planteado por el juez HAND en el caso Alcoa<sup>85</sup>, donde así no se demostrara que aparentemente había existido una conducta excluyente se podría ser responsable si el comportamiento no obedecía a superiores condiciones, productos, ventajas naturales, eficiencia tecnológica o económica o bajos márgenes que habían sido mantenidos sin conductas discriminatorias<sup>86</sup>.

Posterior a *Griffith*, en materia de monopolios bajo la Sección 2 de la Sherman Act, la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito en el

---

84 *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948), págs. 16 y 17.

85 *United States v. Aluminum Company of America*. (Alcoa) 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

86 Vid. HOVENKAMP, HERBERT, *Federal Antitrust Policy...* *Op. cit.*, págs. 270-271.

caso Berkey Photo<sup>87</sup> plantea otra problemática para el análisis de los comportamientos desarrollados por Kodak en relación con el cierre de mercados por una empresa que ostenta una posición dominante<sup>88</sup>. Bajo este caso la Corte de Apelaciones comienza a ampliar la posición de la Corte Suprema en el caso *Griffith*, considerando que su papel en un juicio *antitrust* no puede limitarse a observar si una empresa ostenta un poder de mercado, pues las relaciones que se presentan en los mercados son un poco más complejas que determinar si una empresa posee esa calidad, ya que si se concluye que una empresa tiene un

---

87 Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Company, 603 F.2d 263. “[...] *the courts have enunciated certain principles that by now seem almost elementary to any student of antitrust law. But, because 2 must reconcile divergent and sometimes conflicting policies, it has been difficult to synthesize the parts into a coherent and consistent whole. To provide a framework for deciding the issues presented by this case, therefore, we begin by stating what we conceive to be the fundamental doctrines of 2*”.

88 Este caso se configura por la denuncia de Griffith contra Kodak, que era la empresa dominante en el mercado de cámaras y películas de fotografía, en razón de que ésta introdujo en el mercado al mismo tiempo, una nueva cámara de bolsillo - Kodak 110 - y una nueva película de fotografías de color - Kodacolor II - la cual permitía realizar fotografías de calidad con un tamaño pequeño que sólo podía ser encajado perfectamente en la nueva cámara 110. Además de lo anterior, el proceso de revelado no se podía realizar con los viejos equipos y químicos usados en el revelado de las otras películas de fotografía. Por estos hechos Griffith demanda a Kodak por abuso de la posición dominante, fundamentando su argumento en una falta de publicación previa (*predisclose*) de la información sobre la nueva película de fotografía que le permitiera adaptarse a los nuevos requerimientos de esa película. La Corte de Apelaciones tiene en cuenta cuatro mercados [(a) cámaras de bolsillo; (b) películas de fotografía; (c) servicios y equipos de revelado; y (d) papel de color] para el análisis del abuso de la posición dominante y en especial para los efectos del cierre de mercados. La Corte reconoce el principio de que “[...] una empresa no puede emplear su posición de mercado como palanca para crear o intentar crear un monopolio en otro mercado”, y reconoce a su vez que para el momento de los hechos Kodak no estaba cerca de obtener el control del mercado de servicios y equipos de revelado, ni se puede sostener que intentó obtenerlo. De igual manera sostiene que Berkey no afirmó que Kodak obtuvo ilícitamente una ventaja en esos mercados por haberse apalancado a través del poder en las películas de fotografía y en las cámaras de bolsillo.

poder de monopolio en un mercado, no se puede determinar por este hecho, la ilegalidad del comportamiento en otro mercado<sup>89</sup>.

Aún manteniéndose en el marco de la decisión *Griffith*, la Corte de Apelaciones se introduce en la discusión de los efectos de palanca (*leveraging*) preguntándose si constituye una violación de la Sección 2 de la Sherman Act el hecho que una empresa use su poder de mercado para obtener una ventaja competitiva en otro mercado aunque no tenga la intención de monopolizar el segundo mercado.

Para la Corte de Apelaciones, esa pregunta es respondida bajo la premisa que Kodak no podía dominar el mercado de equipos y servicios de impresión, el cual no se limitaba al revelado del formato Kodacolor II; además sostenía que era necesario diferenciar el desarrollo de una actividad por el tamaño de la firma, más que por el poder de monopolio. Este argumento lleva a identificar que las actividades de Kodak se fundamentaban en las posibilidades de integración interna a través de sus diferentes departamentos y de las posibilidades de innovación<sup>90</sup>.

---

89 La Corte de Apelaciones también tiene en cuenta las interpretaciones sobre los casos de Alcoa (*United States v. Aluminum Co. Of America et al. No. 144. Circuit Court of Appeals, Second Circuit*) y United Shoe Machinery (*United Shoe Machinery Corp., supra, 110 F. Supp. at 341*), para determinar que las superiores habilidades no se oponen directamente a la Sherman Act, pero que a su vez la forma como se obtiene un monopolio y se ejerce ese poder son consideraciones que se deben tener en cuenta en un análisis antitrust. En todo caso, esta Corte regresa constantemente a la relación de Griffith y Grinnell, sobre el ejercicio del poder de monopolio, sobre todo considerando que el poder de mercado no debe ser usado para excluir la competencia.

90 *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Company*, 603 F.2d 263. “[...] *the use of monopoly power attained in one market to gain a competitive advantage in another is a violation of § 2, even if there has not been an attempt to monopolize the second market. It is the use of economic power that creates the liability. But, as we have indicated, a large firm does not violate § 2 simply by reaping the competitive rewards attributable to its efficient size, nor does an integrated business offend the Sherman Act whenever one of its departments benefits from association with a division possessing a monopoly in its own market. So long as we allow a firm to compete in several fields, we must expect it to seek the competitive advantages of its broad-based activity more efficient production, greater ability to develop complementary products, reduced transaction costs, and so forth. These are gains that accrue to any integrated firm, regardless of its market share, and they cannot by themselves be considered uses of monopoly power*”.

Desde esta perspectiva, la tesis que había sostenido la Corte Suprema no se extendía hasta ese análisis, pues lo que venía manteniendo era que el uso del poder de mercado sería sancionado si con éste se pretendía obtener una ventaja concurrencial<sup>91</sup>. Las consideraciones de la Corte en el Caso Berkey, son sin embargo una matización (muy amplia) del principio que hace referencia a la ausencia de la necesidad de probar la adquisición de un poder de mercado en el mercado adyacente o su intención de conseguirlo, es decir, por parte de la empresa que ostenta ya un poder de mercado en el mercado principal desde donde ejerce una acción de cierre de mercados o de apalancamiento.

Este caso sin embargo presenta un conjunto de hipótesis que no llegan a ser resueltas de forma contundente y que hasta nuestros días siguen siendo uno de los puntos más importantes de discusión en la aplicación del derecho de la competencia. Por ejemplo, cómo se debe analizar el reforzamiento de un poder de mercado por presentar un producto que no puede ser usado en los formatos existentes, si el nuevo formato no presenta una mejora significativa sobre los ya existentes<sup>92</sup>.

---

91 La Corte Suprema consideró en el caso Griffith, bajo su interpretación de Alcoa, que el uso del poder de monopolio es ilegal, así éste se haya adquirido legalmente para cerrar la competencia, obtener una ventaja competitiva o para destruir un competidor. La Corte de Apelaciones matiza este argumento, diferenciándolo según los efectos en el mercado sean producto del poder de monopolio o del tamaño de la firma y de sus posibilidades de innovación. Así, concluye que, una integración al interior de una firma no obedece en sí a su poder de monopolio sino al tamaño de la firma. Vid. *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Company*. 603 F.2d 263 “*If a firm that has engaged in the risks and expenses of research and development were required in all circumstances to share with its rivals the benefits of those endeavours, this incentive would very likely be vitiated. Withholding from others advance knowledge of one’s new products, therefore, ordinarily constitutes valid competitive conduct. Because, [...], a monopolist is permitted, and indeed encouraged, by § 2 to compete aggressively on the merits, any success that it may achieve through «the process of invention and innovation» is clearly tolerated by the antitrust laws*”.

92 ECONOMIDES, NICHOLAS. Vertical Leverage and the Sacrifice Principle: Why The Supreme Court Got Trinko Wrong, en *Stern School of Business*, New York University, Working Paper #05-05, Agosto de 2005. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=797142>



Esta pregunta abarca de forma importante uno de los objetivos de nuestro trabajo, el cual asume aún roles de mayor complejidad cuando se inserta en mercados determinados por la innovación, mercados donde confluyen estándares o mercados que se encuentran constituidos con derechos de propiedad intelectual. Como tendremos la oportunidad de estudiar, la respuesta a este cuestionamiento, dependiendo mucho de los matices del caso a caso, parte de una posición política del objetivo que se pretenda conseguir con el derecho de la competencia, en especial sobre la importancia del acceso como criterio para el desarrollo de la innovación o de una visión estricta de la libertad de los agentes económicos para negarse a dar acceso y estimular así la innovación.

De cara a los últimos cuestionamientos la Corte de Apelaciones se concentra más en lo que debió probar Berkey y no en el hecho de que siendo posible compatibilizar el nuevo formato con los anteriores, éste no se diera desde un inicio. En todo caso la Corte de Apelaciones sostiene sus argumentos sobre dos puntos: el ejercicio de la actividad empresarial permite que una empresa mejore su actividad como efecto del uso de su integración interna y no como consecuencia del monopolio<sup>93</sup>; y en segundo lugar, los incentivos para innovar, es decir, para invertir en investigación y desarrollo, le permite a cualquier empresa realizar estas actividades en secreto, por lo que no se puede derivar una obligación de informar *ex ante* en relación con los nuevos adelantos<sup>94</sup>.

---

93 Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Company, 603 F.2d 263. “[...] *that the ability to introduce the new format without predisclosure was solely a benefit of integration and not, without more, a use of Kodak’s power in the film market to gain a competitive advantage in cameras*”; “[...] *the fact that Kodak did not give advance warning of its new products to competitors would not entitle you to find that this conduct was exclusionary. Ordinarily a manufacturer has no duty to predispose its new products in this fashion. It is an ordinary and acceptable business practice to keep one’s new developments a secret.*”

94 Ibidem. “[...] *If a firm that has engaged in the risks and expenses of research and development were required in all circumstances to share with its rivals the benefits of those endeavors, this incentive would very likely be vitiated*”

Por último, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas sobre Kodak, queda aún por determinar si, en materia de posiciones dominantes, utilizar el poder que se tiene en un mercado para apalancar la posición en otro mercado, sería considerada abusiva en la medida que tal conducta permita la creación de un monopolio en el segundo mercado<sup>95</sup>. Para dar respuesta a este problema desde los matices del propio caso, podemos describir que la pretensión de un poder de monopolio en otro mercado difícilmente puede encajar en el ejercicio pleno de la actividad que se desarrolla en el mercado en el cual ya se posee la posición dominante. Así que, si consideramos este argumento como válido, la creación de un monopolio en otro mercado a través de negativas a contratar con terceros, generando exclusiones de mercado es muy probable que sea considerado abusivo. En el caso que no se pueda determinar la posibilidad de un monopolio en el segundo mercado, sería entonces necesario determinar el grado de actividad anticompetencial.

Como tendremos la oportunidad de desarrollar de una forma más detenida, el cambio en la doctrina del cierre de mercados (desde las perspectivas de las escuelas de Chicago y Pos-Chicago), tanto en lo relativo a las negativas a contratar con terceros, como en el apalancamiento en diferentes contextos (fundamentalmente en las negativas a contratar), sirve para entender —por ahora— que la jurisprudencia americana comenzó a virar en el entendimiento del cierre de mercados y en el apalancamiento de mercados establecido en la doctrina del caso Griffith; primero bajo la matización ya vista del caso Berkey, para que luego un conjunto de decisiones, como la de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en el caso *Alaska*<sup>96</sup>, afirmaran la necesidad de probar un monopolio en el mercado adyacente.

---

95 Este cuestionamiento puede ser revisado con profundidad bajo el estudio del caso Microsoft en la Unión Europea y sus diferencias con la investigación adelantada en Estados Unidos en materia de libre competencia.

96 *Alaska Airlines, Inc.; v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536. Esta Corte del Noveno Circuito reconoce que la Corte del caso Berkey continuó el postulado donde se establecía que “una empresa viola la Sección 2 usando su poder de monopolio en un mercado para obtener una ventaja competitiva en otro, aún sin la intención de

A la vista de lo expuesto hasta ahora, parece claro que, para las diferentes cortes en Estados Unidos bajo el dominio teórico de la escuela de Harvard, supusieron que el elemento de la estructura del mercado tenía una importancia suficiente para declarar conductas que por el desarrollo de determinados comportamientos en un mercado donde existía un poder monopólico que le permitía a una empresa incidir en la estructura de otro mercado, sin que fuera necesario probar el ejercicio de otro poder de mercado o la intención de conseguirlo, posibilitaba llegar a la conclusión de la ilegalidad de los comportamientos de apalancamiento<sup>97</sup>.

Es importante concluir diciendo que los problemas relacionados de forma concreta con las negativas a contratar y la exclusión de los competidores serán tratados en un capítulo aparte, por ello por ahora no hemos hecho referencia a los problemas surgidos con la denominada

---

monopolizar el segundo mercado”. La Corte del Noveno Circuito se explica bajo la crítica a la Corte del Segundo Circuito, diciendo que esta Corte en contraste con las acciones adelantadas tradicionalmente para el abuso de la posición dominante, la teoría del efecto del apalancamiento, consagra dos elementos bastante sueltos, uno indicando la existencia de un poder de mercado en algún mercado y otro elemento que opta por tal poder de mercado debe ser ejercido en detrimento de la competencia en otro mercado, concluyendo que así no se pueda destruir la competencia en el otro mercado, pero que por el hecho de poder distorsionarla su comportamiento no se pueda valorar de una mejor manera. Bajo esta línea de análisis la Corte del Noveno Circuito rechaza el argumento que sostuvo la Corte en el Caso Berkey, especialmente manifestando que la teoría del caso de monopolio de Berkey sobre la teoría del apalancamiento (*leverage doctrine*) es una teoría independiente de la responsabilidad bajo la Sección 2 de la Sherman Act, fundamentalmente porque sancionar la obtención de una ventaja competitiva sin la intención de monopolizar el mercado apalancado, es una mala aplicación de la Sherman Act. “*We now reject Berkey’s monopoly leveraging doctrine as an independent theory of liability under Section 2. Even in the two-market situation, a plaintiff cannot establish a violation of Section 2 without proving that the defendant used its monopoly power in one market to obtain, or attempt to attain, a monopoly in the downstream, or leveraged, market. We believe that Berkey Photo misapplied the elements of Section 2 by concluding that a firm violates Section 2 merely by obtaining a competitive advantage in the second market, even in the absence of an attempt to monopolize the leveraged market*”.

97 TIMOTHY. MURIS J. *The FTC and the Law of Monopolization*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 67, N° 3, 2000. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=235403> or DOI: 10.2139/ssrn.235403

teoría de los recursos esenciales. De momento es suficiente reconocer la importancia de la estructura de mercado para la toma de decisiones que establecían una responsabilidad desde la perspectiva del poder de mercado.

c. *Evaluación de las conductas multilaterales y su aplicación en la casuística en materia de cierre de mercado desde las perspectivas de la escuela de Harvard*

La descripción de “prácticas multilaterales” en el derecho de la competencia sigue siendo polisémica, pues describe no sólo las relaciones entre empresas que puede ser evaluadas bajo la luz de los acuerdos anticompetitivos, sino también las prácticas anticompetitivas desde la perspectiva de la posición dominante. La razón de esta consideración estriba en el reconocimiento de que los acuerdos verticales excluyentes, son acuerdos que tienden a excluir a los competidores (actuales o potenciales) de una de las partes en el acuerdo<sup>98</sup>. La restricción puede ser directa o indirecta, por ejemplo: acuerdos que incluyen cláusulas de nación más favorecida o distribución exclusiva estarían inmersos en exclusiones directas, mientras que los acuerdos que incluyen productos atados o cláusulas que penalizan en contratos de licencia estarían dentro de restricciones indirectas.

La evaluación de los comportamientos verticales desde la perspectiva del cierre vertical de mercados, tanto bajo el derecho de los Estados Unidos como en el Derecho de la Unión Europea, ha experimentado importantes cambios en la forma de análisis. Desde unos inicios fundados en criterios solamente cuantitativos se ha ido virando a criterios más cualitativos para determinar la existencia de una restricción en el derecho de la competencia. Bajo los criterios cuantitativos sólo era importante el nivel de cierre de mercado en razón de las cuotas del mercado, mientras que bajo estudios cualitativos la cuota de mercado es uno

---

98 MALAMED, DUGLAS, *Eclusionary Vertical Agreements*, en *The American Bar Association*. Antitrust Section. Washington, D.C. Abril. 2, 1998. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1623.pdf>

más de los elementos que se tienen en cuenta para determinar los perjuicios que se generan desde la perspectiva de las restricciones, analizando también los efectos, la naturaleza de la conducta y la justificación que la misma pueda brindar en cada caso concreto.

Como fue presentado anteriormente, los acuerdos que involucran productos atados y los acuerdos de exclusividad no son anticompetitivos en razón del cierre de mercados por su propia existencia. Bajo la visión de la escuela estructural o de Harvard, la razón que fundamentaba el criterio anticompetitivo se fundaba en las condiciones cuantitativas de los mercados.

En materia de acuerdos verticales que se relacionan con la venta de productos atados, la aproximación de esta escuela se fundamenta en el efecto palanca (*leverage*). Esto es, dependiendo del poder de mercado que una empresa posea en el mercado del producto atante (que ata), ya que con ello se podría lograr excluir a los competidores del mercado del producto atado<sup>99</sup>. Desde la perspectiva de los acuerdos de exclusividad la problemática se concentra en los efectos cumulativos, tanto en razón de la empresa como de terceros competidores, que tienen que ver con el sector de la distribución. Es decir, se pretende evitar que por medio de estos acuerdos se cierren los canales de distribución para los competidores como forma de generar una barrera a la entrada de nuevos concurrentes.

El objetivo de las prácticas de acuerdos de exclusividad se diferencia de los acuerdos relacionados con productos atados en que la primera tiene por objeto conservar la estructura concentrada del mercado en la parte superior de la cadena de valor (mercado de los fabricantes) a través del cierre del mercado abajo en la cadena de valor (mercado de los distribuidores), mientras que la segunda tiene por objetivo reforzar

---

99 Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293 (1949) “*tying arrangement may be defined as an agreement by a party to sell one product, but only on the condition that the buyer also purchases a different (or tied) product, or at least agrees that he will not purchase that product from any other supplier [...] where the seller has no control or dominance over the tying product, so that it does not represent an effectual weapon to pressure buyers into taking the tied item, any restraint of trade attributable to such tying arrangements would obviously be insignificant, at most.*”

la posición en la parte superior de la cadena de valor y/o apoderarse de otro mercado en la parte inferior de la cadena de valor. Sin embargo, el efecto de palanca también se puede encontrar en los acuerdos de exclusividad si con ella se pretende o consigue evitar la competencia potencial por reforzar o mantener una posición fuerte en el mercado en la parte superior<sup>100</sup>.

*La presunción del efecto de palanca en los acuerdos de venta atada.*

Las conductas desarrolladas por empresas que realizan contratos vinculados (*tying agreements*)<sup>101</sup> se soportan en los Estados Unidos a través de diferentes textos legales como son la *Sherman Act* en la Sección 1 y 2, y la *Clayton Act* Sección 3<sup>102</sup>. Para que exista un contrato vinculado debe concurrir circunstancias diferentes a la libre venta de dos productos por parte de un fabricante. Es decir, que el comprador se debe ver forzado a aceptar el producto atado. Tal coerción puede manifestarse de diferentes formas como: (i) una negativa de venta del producto atado por la no aceptación del producto atado; (ii) un descuento, reembolso o cualquier otro estímulo financiero dado al comprador por adquirir el segundo producto; (iii) un diseño

---

100 Para una visión de los problemas entre distribución y apalancamiento, *Vid.* Decisión de la Comisión de 22 de junio de 2005, Coca-Cola. "... the Commission expressed concerns under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement in relation to practices consisting in exclusivity-related requirements, growth and target rebates and leveraging of market power between various product categories." Esta Decisión tiene por objeto el acuerdo celebrado entre la Comisión y Coca-Cola para determinar límites a los contratos de distribución, a los descuentos por objetivos y volumen, el apalancamiento de marcas con menor fuerza y la posibilidad de uso de los frigoríficos de Coca-Cola en un porcentaje del 20% por parte de productos de competidores.

101 Para una visión completa de los contratos vinculados, *Vid.* HERRERO SUÁREZ, CARMEN. Los Contratos Vinculados. (Tying Agreements) en el derecho de la competencia. Ed. La Ley. Madrid. 2006, pág. 558.

102 En materia de deslealtad. *Vid.* Federal Trade Commission Act. Sección 5. Casos: FTC v. Texaco, 381 U.S. 739, (1965) y Atlantic Ref. Co. v. General Motors Corp. 299 U.S. 3, (1936).

tecnológico que hace imposible para el comprador adquirir solamente el producto atante<sup>103</sup>.

Desde esta primera perspectiva, podemos deducir dos problemas. El primero estaría relacionado con la forma en que se configura un acuerdo vinculado; y el segundo con la finalidad que se pretende con un acuerdo de esta naturaleza.

A partir de la forma en que se abordan estos problemas se puede precisar el tipo de análisis que se pretende aplicar, es decir, que dependiendo de la importancia y peso en el análisis que se quiera reflejar al desarrollo de estas preguntas podemos identificar cuál es la escuela que está analizando esta problemática<sup>104</sup>.

En primer lugar, la forma bajo la que se configura el acuerdo parte de la idea de qué entender por coerción para que se adquiriera un segundo producto. Desde esta perspectiva la coerción puede estar determinada por diferentes puntos de vista: (i) si la compra del producto atado era una condición para adquirir el producto atante o si el comprador tenía la opción de comprar el producto atante de forma individual; (ii) si la empresa que vincula los productos tiene una posición dominante en el producto atante; (iii) si el comprador hubiera adquirido de igual manera el producto atado y por lo tanto, no fue forzado a comprar el producto atante; (iv) si la vinculación cierra las posibilidades de adquirir o ejercer otras opciones para el comprador<sup>105</sup>.

Lo importante de esta división de criterios sobre la coerción es que nos permite identificar de forma amplia lo que un tribunal se puede plantear como base para reconocer la existencia de la conducta. Bajo el primer criterio, la posibilidad de diferentes comportamientos se encuentra entre dos extremos, es decir, un comprador puede verse libre de adquirir los productos de forma independiente o desde el otro

---

103 *Vid.* HOVENKAMP, HERBERT, Federal Antitrust Policy... *Op. cit.*, pág. 410.

104 Para una visión de la problemática de estas posiciones, en especial bajo el análisis del apalancamiento que representa la posibilidad del apoderamiento de otro mercado por una empresa dominante, *Vid.* MOTTA, MASSIMO. Competition Policy... *Op. cit.*, pág. 461; POSNER, RICHARD, Antitrust Policy, *op. cit.*, págs. 199, 201.

105 *Vid.* HOVENKAMP, HERBERT, Federal Antitrust Policy... *Op. cit.*, pág. 410.

extremo verse imposibilitado de adquirir el producto atante de forma independiente. Sin embargo, entre estas opciones el fabricante puede realizar diferentes comportamientos, dependiendo del comprador, de su fortaleza, de su capacidad, de su ubicación, etc., y con ello no sería claro que la coerción fuese una condición necesaria para determinar la vinculación como un posible comportamiento ilegal. Con esto, la exigencia de una vinculación expresa por medio de un contrato también pierde valor, en la medida que la existencia de la adquisición de dos productos no revela la posibilidad de la coerción de forma concreta<sup>106</sup>.

En segundo lugar, el razonamiento de la existencia de un monopolista en el mercado del producto atante, constituye un criterio estructural completamente válido, ya que un agente sin poder económico no puede obligar a otro agente a adquirir un producto ni a realizar una conducta determinada en términos generales; también éste sería un criterio indispensable para determinar la posibilidad de un efecto ineficiente. Sin embargo este criterio tampoco permite divorciar las legítimas posibilidades que un monopolista tiene para desarrollar su actividad bajo la creación de productos empaquetados o para mantener su buen nombre (*good will*)<sup>107</sup>.

En tercer lugar, las preguntas tres y cuatro, se encuentran encaminadas desde la perspectiva del comprador, así que la forma del acuerdo estaría orientada desde las consecuencias del mismo, que bajo la pregunta de sí igualmente hubiese adquirido el producto atado no limita en ningún sentido el alcance del primer criterio sobre si tenía o no la oportunidad de renunciar al bien atado. De la misma forma, la pregunta cuarta sobre si el comprador no pudo ejercer otra alternativa, tampoco descarta la opción de la primera pregunta, ya que para que el comprador pierda una opción mejor o le sea cerrada la posibilidad de adquirir el producto atado de un tercero, es porque el comprador no

---

106 *Vid.* HOVENKAMP, HERBERT, *Tying Arrangements and Class Actions*, en *Vanderbilt Law Review*, vol. 36, 1983, págs. 213-262

107 POSNER, RICHARD, *Antitrust Policy*, *op. cit.*, pág. 201.



podía rechazar la opción de adquirir conjuntamente el bien atante y el atado<sup>108</sup>.

Según lo visto, podemos tener en cuenta dos perspectivas: la primera es que si se hace referencia al cuestionamiento de la forma de realizar la conducta, esto es, desde la perspectiva de la imposibilidad de rechazar la oferta de los bienes atados, tendríamos a su vez que reconocer las posibilidades de que la misma conducta pueda ser realizada. En otras palabras, se requiere que el agente económico tenga una posición dominante que efectivamente pueda cohibir la decisión del comprador. La importancia dada a estos elementos, como veremos, comienza a determinar las condiciones sobre las que cada escuela realiza sus análisis. El análisis puede estar condicionado, de un lado, especialmente desde la visión estructuralista, por una interpretación más estricta de estas circunstancias vistas, es decir, identificando la forma de vinculación y la posición en el mercado de quien realiza la conducta para con ello establecer la posibilidad de un efecto anticompetitivo. La segunda, se identifica con una visión eficientista, la cual relativiza las condiciones vistas desde la perspectiva del objeto que se pretende, es decir, desde la visión del segundo problema, si con la conducta se pretenden unas mejores condiciones para la empresa y el mercado en razón de la racionalidad de los agentes económicos que la realizan. Para la Corte Suprema de los Estados Unidos, desde el caso *United Shoe Machinery*<sup>109</sup> se tiene en cuenta los efectos de una posición dominante y la disminución de la competencia por efecto de una conducta de acuerdos vinculados. Si bien, la corte reconoce que en este caso no existían cláusulas que impidieran el uso de maquinaria de un competidor, el efecto de la posibilidad de rescindir un contrato de arrendamiento de la maquinaria por ser utilizada en conjunción con otras máquinas producía los mismos resultados, es decir que desarrollaba el mismo objetivo. Al reconocer la posición de mercado de la empresa, la Corte establece que las cláusulas que no permitían el

---

108 *Vid.* HOVENKAMP, HERBERT, Federal Antitrust Policy... *Op. cit.*, págs. 410-412.

109 *United Shoe Machinery Corp. v. United States*, 258 U.S. 451 (1922).

uso de la maquinaria de United Shoe sobre los bienes que previamente habían sido desarrollados en otras maquinarias diferentes a las de esta compañía, cumplen el efecto de atar otras máquinas al desarrollo de la actividad, al igual que la compra exclusiva de suministros. Con ello, la Corte considera que tales cláusulas y los acuerdos vinculados, tienden necesariamente a disminuir la competencia y a generar un monopolio en el mismo sentido de una vinculación expresa<sup>110</sup>.

La importancia de la conducta de vinculación como forma de apalancamiento, es reconocida por la Corte desde el caso *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg*<sup>111</sup>. Co. que modifica la postura sostenida anteriormente por la Corte en el caso *Henry v. A. B. Dick Co*<sup>112</sup>, estableciendo que vincular el uso de una licencia a otros productos que ya no se encuentran bajo la protección de ningún derecho de patente, hace que éstos últimos continúen en el mercado como si aún estuvieran protegidos por una patente que anteriormente creaba un monopolio. Especialmente, lo que la Corte reconoce es la finalidad de la empresa de crear un monopolio en el segundo mercado, ahora relacionado verticalmente con un mercado protegido por una patente,

---

110 Ibidem. “*That such restrictive and tying agreements must necessarily lessen competition and tend to monopoly is, we believe, equally apparent. When it is considered that the United Company occupies a dominating position in supplying shoe machinery of the classes involved, these covenants, signed by the lessee and binding upon him, effectually prevent him from acquiring the machinery of a competitor of the lessor except at the risk of forfeiting the right to use the machines furnished by the United Company, which may be absolutely essential to the prosecution and success of his business*”

111 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.*, 243 U.S. 502 (1917) Este caso presenta la vinculación a una maquinaria patentada que permitía que las cintas de películas pudieran correr de forma regular, uniforme y exacta en la transmisión de películas de cine, de las cintas que la máquina hace correr. La patente de estas últimas ya había caducado y su vinculación hacía que las mismas continuaran con una protección de hecho sobre su monopolio.

112 *Henry v. A. B. Dick Co.*, 224 U.S. 1 (1912). En este caso se permitió una vinculación de productos bajo un derecho de propiedad intelectual. Es importante el disenso del juez White, y de los jueces Hughes y Lamar, quienes también concurrieron.

estableciendo de esta forma la teoría de la palanca como objeto de protección por el derecho<sup>113</sup>.

Desde esta perspectiva del efecto de palanca, dos casos concentran la mayor atención sobre el establecimiento de la regla *per se* para casos relacionados con contratos de vinculación de productos. El primero, *International Salt*,<sup>114</sup> y el segundo *Standar Oil Co. of California*<sup>115</sup>.

Bajo el primero, la mayor empresa de productos para la producción de sal en los Estados Unidos vinculó a la licencia de unos productos sobre los que tenía una patente para el proceso de la producción de sal, la utilización de otros productos que no tenían ninguna protección. La Corte, establece que es ilegal *per se* cerrar el mercado a otros competidores con la intención de generar un monopolio en el mercado de la sal no patentada<sup>116</sup>. Desde esta perspectiva la visión estructural

---

113 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.*, 243 U.S. 502 (1917) “*It is obvious that the conclusions arrived at in this opinion are such that the decision in Henry v. A. B. Dick Co., supra, must be regarded as overruled. Coming now to the terms of the notice attached to the machine sold to the Seventy-Second Street Amusement Company under the license of the plaintiff, and to the first question as we have stated it. This notice first provides that the machine, which was sold to and paid for by the Amusement Company, may be used only with moving picture films containing the invention of reissued patent No. 12,192, so long as the plaintiff continues to own this reissued patent. Such a restriction is invalid because such a film is obviously not any part of the invention of the patent in suit, because it is an attempt, without statutory warrant, to continue the patent monopoly in this particular character of film after it has expired, and because to enforce it would be to create a monopoly in the manufacture and use of moving picture films wholly outside of the patent in suit and of the patent law as we have interpreted it.*”

114 *International Salt Co., Inc. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

115 *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).

116 *International Salt Co., Inc. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947) “*Not only is price-fixing unreasonable, per se, United States v. Socony-Vacuum Oil Co., [...] but also it is unreasonable per se to foreclose competitors from any substantial market.[...]. The volume of business affected by these contracts cannot be said to be insignificant or insubstantial, and the tendency of the arrangement to accomplishment of monopoly seems obvious. Under the law, agreements are forbidden which «tend to create a monopoly,» and it is immaterial that the tendency is a creeping one, rather than one that proceeds at full gallop; nor does the law await arrival at the goal before condemning the direction of the movement”.*”

que la Corte asumía, fue desarrollada de forma presunta, tal vez más orientada desde la perspectiva de que sólo podrá realizar una conducta de vinculación una empresa que posea un poder de mercado. Es importante anotar lo anterior ya que la consideración de un monopolio de la sal, puede ser perfectamente un marco muy amplio para las expectativas de corregir una conducta antes de que efectivamente se pueda probar que la restricción realmente produciría un resultado tan significativo.<sup>117</sup> También es importante señalar que la misma Corte reconoce el poder de mercado relativo que puede conceder una patente a un agente económico en el mercado, como también que el acusado presentó pruebas sobre la competencia y sustitución de las máquinas para la producción en el mercado, a las que la Corte no les otorgó importancia. Desde esta perspectiva, el problema que presenta, aún desde una perspectiva estructuralista, es que en este caso, desde el análisis de efecto de palanca, la Corte no se concentra en la prueba que demuestre la posición dominante que puede ser transferida a otro mercado verticalmente relacionado.

Toda la ambigüedad que se constata en *International Salt*, la Corte Suprema en el caso *Standard Oil Co. of California*, con fundamento en la jurisprudencia fundante en esta materia (anteriormente referenciada) estableció que una empresa dominante<sup>118</sup> en el mercado del producto que ata, cuando realiza una vinculación de productos, se entenderá que presuntamente tal contrato ha sido o será probablemente usado para limitar la competencia en el mercado del producto atado<sup>119</sup>.

---

117 BORK, ROBERT, *The Antitrust Paradox...* *Op. cit.*, págs. 367 y 368. Para BORK, la presentación de este caso demuestra la irracionalidad a la que el derecho de la competencia se encuentra expuesto cuando los hechos no son analizados de forma objetiva, sobre criterios más acordes con la regla de la razón que bajo reglas *per se*.

118 *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949) “*The existence of market control of the tying device therefore affords a strong foundation for the presumption that it has been or probably will be used to limit competition in the tied product also*”

119 BAKER, Tyler A. *The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: Cutting the Gordian Knot*, en *Virginia Law Review*, vol. 66, N° 7, noviembre, 1980, págs. 1235-1319; 1238.

Desde esta perspectiva, podemos reconocer que la Corte encuentra esta práctica de vinculación de productos, bajo la existencia de un poder de mercado en el producto atante, como la demostración de una intención de expandir su posición de mercado a otro mercado adyacente<sup>120</sup>. En este sentido, la Corte reconoce que para determinar la existencia de una ilegalidad *per se*, sólo debe confluír una posición dominante y la vinculación, pues con ello el efecto de palanca ofrece la consecuencia del apoderamiento o posible apoderamiento de un mercado adyacente<sup>121</sup>.

La jurisprudencia hasta acá planteada reconocía con facilidad el criterio del poder de mercado y el apalancamiento, como bases para sancionar una conducta. Sin embargo, a través del caso *Times-Picayune Publishing*<sup>122</sup>, tanto el poder de mercado y el cierre del volumen

---

120 *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949) “*They (tying arrangements) deny competitors free access to the market for the tied product not because the party imposing the tying requirements has a better product or a lower price, but because of his power or leverage in another market. At the same time, buyers are forced to forego their free choice between competing products. For these reasons, «tying agreements fare harshly under the laws forbidding restraints of trade.» Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U. S. 594, 345 U. S. 606. *They are unreasonable in and of themselves whenever a party has sufficient economic power with respect to the tying product to appreciably restrain free competition in the market for the tied product and a «not insubstantial» amount of interstate commerce is affected [...], where the seller has no control or dominance over the tying product, so that it does not represent an effectual weapon to pressure buyers into taking the tied item, any restraint of trade attributable to such tying arrangements would obviously be insignificant, at most”.*

121 BAKER, TYLER A., *The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: ... Op. cit.*, págs. 1238-1239. En una crítica a la aproximación de la Corte, Baker señala que la Corte, de forma infortunada, no define lo que es una “restricción apreciable” ni explica a su vez por qué se desencadena un análisis de regla *per se*.

122 *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953). Una empresa editorial propietaria en New Orleans de dos diarios (*Times-Picayune* y *The States*), uno matutino y el otro nocturno, quién vendía la publicidad y clasificados de forma vinculada para sus dos diarios, sin la posibilidad de que los compradores puedan elegir uno de los dos diarios de forma separada. Tal conducta fue sancionada por violación de la Sherman Act. Secciones 1 y 2, tanto por realizar una conducta que bajo la unidad de contratos restringe de forma no razonable el comercio y como un intento de monopolizar el comercio

sustancial del comercio (como criterios para fallar la existencia de un cierre de mercado anticoncurrencial), fue determinado que los mismos no concurrían estrictamente en el presente caso<sup>123</sup>. Así, la Corte establece la falta real de un poder de mercado, concluyendo que un apalancamiento no puede concurrir por exclusiva coincidencia de los mercados, ya que el mercado seguía siendo el de los diarios en New Orleans, con independencia de su hora de salida al mercado<sup>124</sup>.

En todo caso la Corte reconociendo formalmente los dos elementos que deben encontrarse de forma cumulativa para que la conducta sea sancionada *per se* como ilegal, en la línea establecida por de los asuntos *International Salt* y *Standar Oil*, se separa de ellos. En *International Salt*<sup>125</sup>, la Corte sancionó una vinculación viola la Sherman Act

---

123 Times-Picayune Pub. Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953) “A «tying» arrangement violates § 1 of the Sherman Act when a seller enjoys a monopolistic position in the market for the «tying» product and a substantial volume of commerce in the “tied” product is restrained. *International Salt Co. v. United States*”.

124 Times-Picayune Pub. Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953) La Corte manifiesta la incredulidad sobre el poder de mercado y la imposibilidad del efecto de palanca por razón del mismo mercado “*We do not think that the Times-Picayune occupied a «dominant» position in the newspaper advertising market in New Orleans. Unlike other «tying» cases where patents or copyrights supplied the requisite market control, any equivalent market «dominance» in this case must rest on comparative marketing data.*”. “[...] *The common core of the adjudicated unlawful tying arrangements is the forced purchase of a second distinct commodity with the desired purchase of a dominant «tying» product, resulting in economic harm to competition in the “tied” market. Here, however, two newspapers under single ownership at the same place, time, and terms sell indistinguishable products to advertisers; no dominant «tying» product exists (in fact, since space in neither the Times-Picayune nor the States can be bought alone, one may be viewed as “tying” as the other); no leverage in one market excludes sellers in the second, because for present purposes the products are identical and the market the same*”.

125 Times-Picayune Pub. Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953) “*this Court (International Salt Co. v. United States, 332 U. S. 392), wove the strands of past cases into the law’s present pattern. There, leases of patented machines for dispensing industrial salt were conditioned on the lessees’ purchase of the lessor’s salt. A unanimous Court affirmed summary judgment adjudicating the arrangement unlawful under § 3 of the Clayton Act, and § 1 of the Sherman Act as well. The patents, on their face, conferred monopolistic, albeit lawful, market control, and the volume of salt affected by the tying practice was not «insignificant or insubstantial*”.

Secciones 1 y 2 cuando un vendedor “ostenta una posición dominante” (en razón del derecho de exclusividad y no porque éste se haya probado) en el mercado del producto que ata y restringe la competencia en el mercado del producto atado. De igual manera en *Standar Oil Co. of California*<sup>126</sup> el fundamento de la Corte fue que una conducta de vinculación difícilmente tendrá otro propósito más allá de la disminución de la competencia.

Aún bajo el reconocimiento de los anteriores conceptos, la Corte desestima el caso fundada en otras razones. Esto es, la Corte reconoce que una negativa de venta de publicidad de forma independiente se entiende acorde a derecho a la luz de la jurisprudencia establecida en el caso *Colgate & Co*<sup>127</sup>, especialmente porque la misma conducta había sido un uso común en la venta y negativas de venta de publicidad en muchos diarios del país, reconociendo que las mismas no se podrían asociar más que con una simple negativa no acompañada de otras circunstancias<sup>128</sup>.

Desde nuestra perspectiva, la Corte en *Times-Picayune Pub. Co.* aplicó un esquema de regla de la razón al mediar los efectos positivos de las conductas realizadas y los efectos negativos de las mismas. El análisis desarrollado por la Corte no había sido considerado anteriormente desde la tipología de los acuerdos de vinculación<sup>129</sup>. Sin

---

126 *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 U. S. 293, 337 U. S. 305 (1949). “*tying agreements serve hardly any purpose beyond the suppression of competition*”.

127 *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300 (1919) “*In the absence of any intent to create or maintain a monopoly, the Sherman Act doe not prevent a manufacturer engaged in a private business from announcing in advance the prices at which his good may be resold and refusing to deal with wholesaler and retailers who do not conform to such price*”.

128 *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953) “*This case does not demonstrate an attempt by a monopolist established in one area to nose into a second market, so that past monopolistic success both enhances the probability of future harm and supplies a motivation for further forays*”.

129 *Times-Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953) “*The District Court, and much evidence supports its conclusions, determined that the 1933 purchase of the States then seemed a legitimate means of business expansion; assumed that the Company’s cost and revenue allocations between its two publications were mere bookkeeping transactions without economic significance, and concluded that the*

embargo, desde las consideraciones de la escuela de Harvard, la relevancia de la no existencia de un poder de mercado que permita el ejercicio de un apalancamiento en otro mercado se mantiene dentro de los parámetros de su idea de la violación de la libre competencia y en especial de la idea de la creación de barreras a la competencia.

Sin dejar de reconocer este antecedente, la imposición de una visión estricta de regla *per se* es reconocida de nuevo en el caso Northern Pacific<sup>130</sup>. Bajo este caso una compañía de ferrocarriles realizaba contratos de arrendamiento y venta de tierras por donde pasaban sus trenes, los cuales contenían una cláusula de asignación de rutas preferenciales que compelián a los arrendadores o compradores a transportar todos los bienes producidos o manufacturados por medio de sus rutas si los precios del mismo transporte eran iguales a los de los transportistas competidores<sup>131</sup>.

La Corte interpreta que estas *cláusulas de asignación de rutas preferenciales* restringían de forma ilegal el comercio en razón de su poder de mercado en las tierras, el cual era usado para apalancar la compañía de trenes en el mercado del transporte de mercancías<sup>132</sup>.

---

*Company, rather than obstruct street sales of the Item, merely sought to assure equal treatment by news vendors of the Item and States. Because these pillars of the Government's § 2 case thus collapsed in the District Court, only the adoption of the unit rates remains to support the alleged violation of § 2 of the Sherman Act. Since we have viewed that step as predominantly motivated by legitimate business aims, this record cannot bear out the specific intent essential to sustain an attempt to monopolize under § 2".*

130 Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958).

131 Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958) "By 1949, the Railroad had sold about 37,000,000 acres of its holdings, but had reserved mineral rights in 6,500,000 of those acres. Most of the unsold land was leased for one purpose or another. In a large number its sales contracts and most of its lease agreements, the Railroad had inserted «preferential routing» clauses which compelled the grantee or lessee to ship over its lines all commodities produced or manufactured on the land, provided that its rates (and, in some instances, its service) were equal to those of competing carriers".

132 Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958) "[W]e believe the district judge was clearly correct in entering summary judgment declaring the defendant's «preferential routing» clauses unlawful restraints of trade. We wholly agree that the undisputed facts established beyond any genuine question that the



Así, la Corte establece que las conductas de vinculación de productos deben ser analizadas desde la regla *per se* de ilegalidad de la competencia, bajo el establecimiento de la doctrina que posteriormente dominara la escena del análisis de conductas de vinculación<sup>133</sup>. Esto es, la Corte reconoce que donde un fabricante obliga a un comprador a adquirir otro producto diferente u obliga al comprador a no contratar con terceros la adquisición del producto vinculado por parte de otro competidor, la competencia con fundamento en los méritos se ve perjudicada. Sigue la Corte estableciendo que donde estos contratos son celebrados, la posibilidad de un acceso libre a los productos atados que otros agentes económicos producen se ve negada, sin que esto obedezca a la elección por unos productos mejores y a un menor precio<sup>134</sup>.

Desde esta perspectiva, la Corte reconoce la necesidad del poder de mercado que debe poseer el agente en el mercado del producto atante para que la conducta sea considerada ilegal<sup>135</sup>. Sin embargo, la Corte parte de un análisis sobre la existencia de un contrato que vincula los productos, suponiendo que en la medida en que exista ese contrato

---

*defendant possessed substantial economic power by virtue of its extensive landholdings, which it used as leverage to induce large numbers of purchasers and lessees to give it preference, to the exclusion of its competitors, in carrying goods or produce from the land transferred to them. Nor can there be any real doubt that a «not insubstantial» amount of interstate commerce was and is affected by these restrictive provisions”.*

133 Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958) “*Where such conditions are successfully exacted, competition on the merits with respect to the tied product is inevitably curbed. They (tying agreements) deny competitors free access to the market for the tied product not because the party imposing the tying requirements has a better product or a lower price, but because of his power or leverage in another market. At the same time, buyers are forced to forego their free choice between competing products”.*

134 Para una crítica de este caso, Vid. BAKER, TYLER A. *The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: Op. cit.*, págs. 1238.

135 Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958) «*Of course, where the seller has no control or dominance over the tying product, so that it does not represent an effectual weapon to pressure buyers into taking the tied item, any restraint of trade attributable to such tying arrangements would obviously be insignificant, at most”.*

se puede suponer el poder de mercado<sup>136</sup>. Entendido de esta forma no podríamos asar por alto una crítica, y es que una interpretación amplia de esta consideración llevaría a confusión porque la ilegalidad del acuerdo se encuentra en función del poder de mercado y no al contrario<sup>137</sup>.

Por último, la Corte en este caso no definió el sentido de lo que se debe entender por una *apreciable restricción* ni cómo esta misma da lugar a un análisis de regla *per se*, esto porque a su vez se podría considerar que la misma posición de la Corte sobre el poder de mercado es apreciada de forma ligera, sólo presumida por razón de la posición de la compañía de trenes sobre la tierra, pero bajo ningún análisis que permita relativizar la posición en el mercado como un todo<sup>138</sup>.

El precedente establecido en Northern Pacific, puede verse a través de otro caso que presenta una visión aún más estrecha de los alcances de la doctrina de vinculación. El estudio del siguiente caso, Lowe's Inc.<sup>139</sup> en materia de vinculación de productos es bastante estricto desde la idea de la regla *per se*, es decir, que desde nuestra perspectiva,

---

136 Vid. Supra. *Internatinal Salt*.

137 Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958) "*As a simple example, if one of a dozen food stores in a community were to refuse to sell flour unless the buyer also took sugar, it would hardly tend to restrain competition in sugar if its competitors were ready and able to sell flour by itself. In this case, we believe the district judge was clearly correct in entering summary judgment declaring the defendant's «preferential routing» clauses unlawful restraints of trade. We wholly agree that the undisputed facts established beyond any genuine question that the defendant possessed substantial economic power by virtue of its extensive landholdings, which it used as leverage to induce large numbers of purchasers and lessees to give it preference, to the exclusion of its competitors, in carrying goods or produce from the land transferred to them. Nor can there be any real doubt that a «not insubstantial» amount of interstate commerce was and is affected by these restrictive provisions*".

138 Vid. BAKER, TYLER A., *The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: Op. cit.*, pág. 1240 "*The more detailed discussion of the evidence in Justice Harlan's dissenting opinion suggests that the Court's market power standard was not a demanding one. [...] the finding of "substantial economic power" was made, therefore, without any assessment of "the relative strength of appellants' landholdings vis-à-vis that of others in the appropriate market for land of the types now or formerly possessed by appellants*".

el nuevo asunto refleja una idea que supera los mismos fines de la visión estructuralista. Esto es, Low's, propietaria de los derechos de producción de películas licenciaba los mismos bajo un acuerdo que le permitía empaquetar los filmes en un grupo donde el licenciado adquiriría a su vez los filme deseados como otros que no deseaba<sup>140</sup>.

Como vimos anteriormente, los elementos que deben concurrir para la apreciación de la vinculación como ilegal *per se*, desde la consideración de la escuela de Harvard, se concentran en el poder de mercado y en la intención de apalancar la posición en otro mercado (*Standard Oil Co*), o en el poder de mercado y la restricción de la competencia en el mercado del producto atado (*International Salt*). Sin embargo, bajo la apreciación de la Corte en este asunto, el hecho del poder de mercado o el intento de monopolizar fue interpretado a la luz de *Northern Pacific*, que como vimos relativiza el poder de mercado bajo la condición de un suficiente poder económico. Desde este punto de vista, podríamos decir que el análisis fue realizado desde una perspectiva restrictiva y no general de mercado, es decir, sobre el poder que tiene una empresa sobre sus bienes y la necesidad de terceros de adquirir los mismos y no bajo la imposibilidad de encontrar sustitutos desde una perspectiva de producto y geográfica<sup>141</sup>.

La Corte en este caso presumió el poder de mercado a través de la existencia de un derecho de propiedad intelectual (sin diferenciar derechos de autor de derechos de patentes)<sup>142</sup>. Este hecho hace que la Corte considere que los productos competidores fuera cada uno entendido como un monopolio en razón de la existencia del derecho

---

139 United States v. Lowe's Inc. 731 U.S. 38, (1962).

140 United States v. Lowe's Inc. 731 U.S. 38, (1962) "*Section 1 of the Sherman Act was violated when individual distributors of copyrighted feature motion picture films for television exhibition engaged in block booking such films to television broadcasting stations — i.e., conditioning the license or sale of the right to exhibit one or more feature films upon acceptance by each station of a package or block of films containing one or more unwanted or inferior films*".

141 Para una explicación del problema de la determinación del poder de mercado en los casos *Northern Pacific* y *Lowe's*, *Vid.* BAKER, TYLER A. *The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: Op. cit.*, págs. 1240-1241.

de exclusión y no de la funcionalidad de los mismos bienes<sup>143</sup>. Por ello, cuando la Corte reconoce un principio de poder de mercado en razón de un derecho de propiedad intelectual, el siguiente argumento sobre los perjuicios en otro mercado terminan siendo presumidos, bajo la idea que ninguna conducta de productos vinculados, donde el producto que ata se encuentra protegido por un derecho de propiedad intelectual podría tener diferentes consecuencias a una anticompetitiva<sup>144</sup>.

Por último, el caso *Fortner I*<sup>145</sup> se convierte en uno de los casos más citados como desarrollo de la regla *per se* establecida en *Northern Pacific*. *Fortner*, una agencia inmobiliaria encargada del desarrollo de unos terrenos para vivienda, recibe financiación de *U.S Steel* para cubrir los costos de la adquisición y desarrollo de los terrenos. Para poder recibir el préstamo por parte de *U.S Steel's Credit Division*, FORTNER acuerda usar parte del crédito para la compra de casas prefabricadas para sus terrenos, las cuales eran adquiridas a *U.S Steel's Home Division*. Después de un tiempo, cuando surgieron dificultades en el desarrollo del proyecto, *Fortner* demanda a *U.S Steel* por haber abusado de su poder en el mercado del crédito (producto atante) para

---

142 United States v. Lowe's Inc. 731 U.S. 38, (1962) "Market dominance —some power to control price and to exclude competition— is by no means the only test of whether the seller has the requisite economic power. Even absent a showing of market dominance, the crucial economic power may be inferred from the tying product's desirability to consumers or from uniqueness in its attributes"; "The requisite economic power is presumed when the tying product is patented or copyrighted".

143 United States v. Lowe's Inc. 731 U.S. 38, (1962) "*The requisite economic power is presumed when the tying product is patented or copyrighted*".

144 United States v. Lowe's Inc. 731 U.S. 38, (1962) "*Since one of the objectives of the patent laws is to reward uniqueness, the principle of these cases was carried over into antitrust law on the theory that the existence of a valid patent on the tying product, without more, establishes a distinctiveness sufficient to conclude that any tying arrangement involving the patented product would have anticompetitive consequences*".

145 *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495 (1969).

cerrar la competencia en el mercado de las casas prefabricadas (el producto atado) en violación de la Sherman Act.<sup>146</sup>

La problemática analizada en este asunto se concentra en la determinación del poder de mercado. Esto es, la Corte sigue las luces del caso *Northern Pacific* sobre el “apreciable poder económico”, llegando a establecer que el poder de mercado puede ser demostrado por el poder en una relación contractual, sin que sea necesario que el poder de mercado sea excesivamente grande<sup>147</sup>. Para la Corte, esta apreciación se ve confirmada por el reconocimiento de la existencia de unos pocos compradores que se ven obligados a aceptar un precio más alto, considerando con ello que existe un apreciable poder de mercado.

Desde la perspectiva del apalancamiento, U.S. Steel, argumentaba que los créditos tienen la posibilidad de ser contratos vinculados dado que el dinero es prestado para una adquisición específica y que por lo tanto no caben los argumentos establecidos para otros mercados<sup>148</sup>.

---

146 Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495 (1969) “*Petitioner filed this action for [...] alleged violations of §§ 1 and 2 of the Sherman Act by respondents, U.S. Steel Corp. and its wholly owned subsidiary, U.S. Steel Homes Credit Corp., alleging an agreement between respondents to force petitioner and others as a condition of obtaining credit on advantageous terms from [U.S. Steel] Credit Corp. to purchase at artificially high prices prefabricated houses manufactured by U.S. Steel.*”

147 Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495 (1969) “*Market power is usually stated to be the ability of a single seller to raise price and restrict output [...]. Market power is therefore a source of serious concern for essentially the same reason, regardless of whether the seller has the greatest economic power possible or merely some lesser degree of appreciable economic power. In both instances, despite the freedom of some or many buyers from the seller’s power, other buyers — whether few or many, whether scattered throughout the market or part of some group within the market — can be forced to accept the higher price because of their stronger preferences for the product, and the seller could therefore choose instead to force them to accept a tying arrangement that would prevent free competition for their patronage in the market for the tied product*” Subrayas fuera del texto.

148 Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp., 394 U.S. 495 (1969). “[t]he credit may constitute such an inseparable part of the purchase price for the item that the entire transaction could be considered to involve only a single product. It will be time enough to pass on the issue of credit sales when a case involving it actually arises. Sales such as that are a far cry from the arrangement involved here, where

La Corte reconoce la naturaleza de los créditos, pero establece que la compra del bien fue a otra compañía (del mismo grupo) y que el efecto de una vinculación de esta naturaleza tiene como efecto que otro competidor deba, desde la perspectiva del producto atado, ofrecer créditos con intereses reducidos para ser competitivo<sup>149</sup>.

Por último, estudiando *Fortner I* desde una perspectiva estructural, se puede realizar importantes críticas sobre la determinación del poder de mercado y el efecto real del apalancamiento. Esto es, en primer lugar, la posibilidad de financiar un bien no se limitaba a una sola entidad de crédito, lo que se discutía eran las condiciones más favorables que ofrecía *US. Steel's Credit Division* para esta específica operación, sin que pueda encuadrarse de forma coherente a la aplicación de una regla *per se* de ilegalidad en relación con el poder de mercado. En segundo lugar, el apalancamiento no constituía un cierre de mercado para los competidores quienes a su vez podrían vender casas prefabricadas de forma más económica<sup>150</sup>.

---

*the credit is provided by one corporation on condition that a product be purchased from a separate corporation, and where the borrower contracts to obtain a large sum of money over and above that needed to pay the seller for the physical products purchased. Whatever the standards for determining exactly when a transaction involves only a «single product,» we cannot see how an arrangement such as that present in this case could ever be said to involve only a single product”.*

149 *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495 (1969). “[...] barriers to entry in the market for the tied product are raised, since, in order to sell to certain buyers, a new company not only must be able to manufacture the tied product, but also must have sufficient financial strength to offer credit comparable to that provided by larger competitors under tying arrangements. If the larger companies have achieved economics of scale in their credit operations, they can, of course, exploit these economics legitimately by lowering their credit charges to consumers who purchase credit only, but economics in financing should not, any more than economics in other lines of business, be used to exert economic power over other products that the company produces no more efficiently than its competitors”.

150 Para una crítica de este caso, Vid. BORK, ROBERT. *The Antitrust Paradox*, *op. cit.*, págs. 369-370; BAKER, TYLER A. *The Supreme Court and the Per Se Tying Rule*, *op. cit.*, págs. 1241-1246.

Para concluir, la visión estructural del cierre de mercado a través de la vinculación de productos, presentada a través de los casos vistos anteriormente estudiados, puede ser entendida, desde el aspecto teórico, bajo la pretensión de un límite a las empresas que ostentan un poder de mercado en el producto atante para que no apalanquen una posición en otro mercado adyacente donde los productos atados no son una elección por su calidad, precio o características propias<sup>151</sup>. Sin embargo, cabe resaltar que la aplicación de estas reglas dieron lugar a diferentes interpretaciones que condujeron a una aplicación de las normas de libre competencia en contra de los postulados considerados necesarios para determinar la ilegalidad de una conducta, condenando comportamientos como anticompetitivas con pocas pruebas, interpretaciones muy amplias sobre lo que se debía entender por poder de mercado e importantes presunciones sobre los efectos de las conductas de cierre de mercado<sup>152</sup>.

Desde esta perspectiva, es necesario reconocer que se concedieron poderes de mercado sólo por la existencia de un derecho de propiedad intelectual (patentes o copyright) aún existiendo sustitutos, se consideró que existía una conducta de apalancamiento sólo porque había una vinculación de productos, aún demostrando la amplia competencia en el otro mercado y la imposibilidad de generar una verdadera restricción en el segundo mercado. Todo esto nos lleva a la conclusión de que, aún siendo importantes las consideraciones estructurales, los exámenes de fondo de cada asunto, la consideración de las particularidades de cada caso y las especificidades del mercado donde la conducta se desarrolla, hacen que el derecho de la competencia pueda ser aplicado con mayor certeza, dejando que las estrategias empresariales puedan ser implementadas y que los mercados avancen dentro del marco de unas normas de libre competencia que se apliquen con coherencia y

---

151 Para una crítica de la doble marginalización en bienes complementarios, *Vid.* POSNER, RICHARD, *Antitrust Law, op. cit.*, pág. 199.

152 En especial, la confusión sobre el verdadero poder de mercado y el poder de mercado que posiblemente no genera un derecho de propiedad intelectual. *Vid.* POSNER, RICHARD. *Antitrust Law, op. cit.*, págs. 197-198.

bajo los principios establecidos como metas que debe perseguir la política de competencia<sup>153</sup>.

### 3.2. ESCUELA DE CHICAGO O EFICIENTISTA

#### 3.2.1. INICIOS DEL PENSAMIENTO DE LA ESCUELA DE CHICAGO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

La escuela de Chicago de análisis económico de la libre competencia se concentra principalmente en el análisis de los comportamientos de los agentes económicos (unilaterales o multilaterales) a través de la teoría neoclásica de precios<sup>154</sup>. Esta forma de análisis, permitió a esta escuela la aplicación de los modelos económicos a la teoría de carteles, a la teoría de precios de las empresas dominantes y a otros tipos de mercados con competencia imperfecta<sup>155</sup>. Sin embargo, también se puede describir que hace parte de su forma de análisis la teoría de la discriminación de precios, la teoría de los bienes públicos, la teoría de

---

153 Si bien la perspectiva de Bork es bastante eficientista, de cara a lo realizado por la escuela de Harvard en materia de acuerdos vinculados, establece aún por fuera de la visión de Chicago que peor que la misma irracionalidad que se pueda aplicar al análisis de los mercados, es llevar al derecho de la competencia a un lugar indemarcable. Vid. BORK, ROBERT. *The Antitrust Paradox*, *op. cit.*, pág. 368.

154 Para un análisis de la trayectoria de la escuela de Chicago, la fidelidad de sus miembros a los modelos, su orden en el discurso y la constante auto-referencia de sus miembros en sus trabajos, Vid. PAGE, WILLIAM H. *The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust, and Evidentiary Sufficiency*, en *Virginia Law Review*, vol. 75. Oct. de 1989. “Most descriptions of Chicago antitrust economics emphasize its reliance on neoclassical price theory, and certainly there are important general bodies of theory that underline the approach. These more general shared commitments of Chicago scholars include the principle of maximizing behavior and other conventional neoclassical conditions for equilibrium in competition and in noncompetitive market structures that guide Chicago economics generally” (Notas fuera del texto).

155 Para una visión económica del estudio bajo la determinación de modelos neoclásicos, Vid. STIGLER, GEORGE J. *The Organization of Industry*. Ed. Chicago University Press. (Primera edición, 1968) Chicago. 1983, pág. 346.



los monopolios naturales, la teoría de los mercados contestables, la teoría de los costes de información, la teoría de los costes de transacción y la teoría de la firma de Coase<sup>156</sup>.

La escuela de Chicago sobre la libre competencia presenta sus análisis como oposición a las consideraciones económicas de la escuela estructuralista o de Harvard<sup>157</sup> y a las doctrinas desarrolladas por la Corte Suprema, en especial, entre los años cincuenta y sesenta (Corte Warren), bajo la idea de la necesidad de unos análisis más rigurosos por parte de las autoridades de competencia, fundamentados en consideraciones económicas estrictas que excluyeran todo tipo de valoraciones de tipo social y morales en las decisiones de libre competencia (consideradas por esta escuela como populismo económico)<sup>158</sup>.

Para Chicago, los mercados que actúan de forma libre permiten la consecución de metas que favorecen al consumidor, en especial aquellas que se relacionan con precios más bajos, una mayor oferta y mayor innovación<sup>159</sup>. No obstante lo anterior, para esta escuela, casos como

---

156 COASE, RONALD, The Nature of the Firm, en *Economica*, vol. 4, 1937, pág. 386 y ss. Disponible en: <http://www3.interscience.wiley.com/cgi-bin/fulltext/119896448/PDFSTART>

157 POSNER, RICHARD A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, en University of Pennsylvania Law Review, vol. 127, N° 4. Abril 1979, págs. 925-948; 925-926 “[...] there was a time when the “Chicago” school stood for a distinctive approach to antitrust policy, especially in regard to economic questions, and when others schools, particularly “Harvard” school, could be discerned and contrasted with it, the distinctions between these schools have greatly diminished”.

158 Para una consideración sobre el objetivo de la libre competencia y los costos que asume la sociedad cuando se persiguen metas diferentes a la planteada por la escuela de Chicago, Vid. BORK, ROBERT H. Antitrust Paradox, *op. cit.*, págs. 50-89.

159 El análisis de derecho de la competencia desde la perspectiva de Chicago, es sólo una parte del movimiento de análisis económico, que a su vez también es una parte de todo el engranaje de la escuela económica de Chicago. Para una revisión de esta problemática, Vid. KITCH, EDMUND W. The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, en *Journal of Law and Economics*, 1932-1970, vol. 26, 1983, págs. 163-234; MARTIN, STEPHEN. Remembrance of Things Past: Antitrust, Ideology, and the Development of Industrial Organization, en *The Political Economy of Antitrust*. Editado por: Vivek Ghosal y John Stennek. Ed. Elsevier. Amsterdam. 2007, pág. 489; 25-57.

los acuerdos de precios horizontales admiten una intervención directa por parte de las autoridades de competencia ya que no se encuentran razones que demuestren la existencia de ningún tipo de eficiencia o incremento del bienestar para el consumidor<sup>160</sup>. La doctrina elaborada por la escuela de Chicago, a su vez, expresa una desconfianza a la intervención del Estado en la economía, en la medida que se pueden esperar mejores resultados fruto de un proceso competitivo agresivo que de la intervención de los gobiernos<sup>161</sup>.

Los factores que influyeron en la crítica propuesta por Chicago sobre Harvard se deben atribuir más al análisis retrospectivo de los casos fallados por las cortes de los Estados Unidos en materia *antitrust* que, a un desarrollo teórico sobre la normativa de libre competencia<sup>162</sup>. Desde esta perspectiva pueden ser leídos los postulados básicos de la escuela de Chicago, los cuales se han atribuido a los trabajos realizados por AARON DIRECTOR como a los desarrollos posteriores de Bowman, BORK, MCGEE, TELSER, POSNER, entre otros, desde la década de los cincuenta<sup>163</sup>. Sin embargo, la existencia de la escuela no ha implicado

160 POSNER, RICHARD A., *The Chicago School of Antitrust Analysis... Op. cit.*, págs. 925-926. PAGE, WILLIAM H. *The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency*, en *Virginia Law Review*, vol. 75, N° 7, Oct., 1989), págs. 1221-1308.

161 Para una visión introductoria de los planteamientos y cambios sobre las ideas de Chicago. Vid. SCHMALENSSEE, RICHARD. Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust, en *How The Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Editado por: ROBERT PITOFSKY. Ed. Oxford University Press. 2008. New York, págs. 309; 11-23.

162 La visión sobre un análisis mayor sobre el precedente y una preferencia por menor intervención del legislador, como criterios para la evolución del derecho de la competencia en Estados Unidos continúa actualmente. Vid. Antitrust Modernization Commission. Report and Recommendations. United States. 2007, pág. 449. p. ii. “*The Commission not recommend legislative change to the Sherman Act or to Section 7 of the Clayton Act. There is a general consensus that, while there may be disagreement about specific enforcement decisions, the basic legal standards that govern the conduct of firms under those laws are sound*”. “*The Commission recommends that Congress finally repeal the Robinson-Patman Act [...] This law [...] appears antithetical to core antitrust principles*”.

163 DIRECTOR, AARON & LEVI, E., *Law and the Future: Trade Regulation*, en *Northwestern University Law Review*, vol. 51, 1956, págs. 281-256; BORK, ROBERT. *Vertical*

la divergencia en determinados acercamientos en la forma de evaluar los comportamientos de las empresas. En otras palabras, es preciso reconocer que al interior de la escuela de Chicago, las tesis oscilan entre la ortodoxia planteada por BORK y tesis menos ortodoxas planteadas por POSNER, pero siempre dentro de los mismos objetivos eficientistas de la teoría del bienestar económico<sup>164</sup>.

Las posiciones presentadas por de las teorías de Chicago comenzaron a ser reconocidas entre los años setenta y ochenta<sup>165</sup> por las autoridades de competencia en los juicios antitrust, primero por las jurisdicciones inferiores en los Estados Unidos, las cuales condujeron a un cambio en la forma de interpretación de la Corte Suprema<sup>166</sup>. La consecuencia del viraje realizado por la Corte Suprema se refleja en el abandono de algunas reglas *per se* de ilegalidad y la llegada de nuevas reglas de la razón<sup>167</sup>.

*Integration and the Sherman Act*, en *Chicago Law Review*, vol. 22, pág. 157 y ss.; Para una visión clásica y ortodoxa del pensamiento de la escuela de Chicago, *Vid.* BORK, ROBERT. *Antitrust Paradox*, *op. cit.*, BOWMAN, WARDS. *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, en *Yale Law Journal*, vol. 67, 1957, págs. 19-36; MCGEE, JOHN S. *Predatory Price Cutting. The Standard Oil (N.J.) Case*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 1, 1958, págs. 137-169.; TELSER, LESTER. *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?* en *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, págs. 86-105; POSNER, RICHARD. *Antitrust Law. Op. cit.*; POSNER, RICHARD. *The Chicago School of Antitrust Analysis*, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, págs. 925-948.

164 POSNER, RICHARD A., *The Chicago School...* *Op. cit.*, pág. 926.

165 KOVACIC, WILLIAM E. & SHAPIRO, CARL, *Antitrust Policy: A Century ... Op. cit.*, págs. 52-55.

166 POSNER, RICHARD A., *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, en *The University of Chicago Law Review*, vol. 45, N° 1, (Autumn, 1977), págs. 1-20.

167 Es preciso reconocer que muchas de las propuestas realizadas por la escuela de Chicago para la adopción de reglas *per se* de legalidad han sido rechazadas por la doctrina y las cortes. Para una visión crítica de los problemas de Chicago como doctrina dominante a finales de la década de los ochenta, *Vid.* PAGE, WILLIAM H. *The Chicago School and...* *Op. cit.*, pág. 1242 “[...] *there remain sharp conflicts among commentators over the propriety of the Chicago program; and the Court has retrained, in form, the pre – Sylvania rules governing most practices. Manifestly, the Chicago program has not achieved its goals in reform of substantive law*”.

Fundamentadas en el análisis económico, las cortes comenzaron a otorgarle un peso significativo a la búsqueda de las eficiencias desarrolladas por las empresas en el ejercicio de la actividad económica, en especial para permitir el análisis de pro-competitivas de los comportamientos que con anterioridad habían sido considerados ilegalidades<sup>168</sup>. Las cortes, en este sentido, atendieron a criterios relacionados con las eficiencias, los efectos positivos del libre funcionamiento de los mercados y sus repercusiones sobre el bienestar “de los consumidores”<sup>169</sup>.

La intervención de la escuela de Chicago sobre el derecho de la competencia ha permitido un cambio gradual (y a veces oscilante) en algunos aspectos de la política de competencia, especialmente en materia de acuerdos verticales, concentraciones empresariales y en conductas desarrolladas por empresas con poder de mercado<sup>170</sup>. En igual sentido, el derecho comunitario europeo de la competencia ha seguido algunas de las líneas de los desarrollos trazados por Chicago en sus Directivas y Reglamentos, como también, por la práctica de la Comisión y los tribunales en la decisión de los casos concretos, primero

---

168 BORK, ROBERT H., *The Antitrust Paradox...* *Op. cit.*, pág. 91 y ss. “These two [allocation and coordination] factors may conveniently be called *allocative efficiency* and *productive efficiency* (when, for convenience, the word “efficiency” alone is used, productive efficiency is meant.) These two types of efficiency make up the overall efficiency that determines the level of our society’s wealth, or consumer welfare. The whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare”. (Marcas fuera del texto).

169 Como ha sido reconocido por HOVENKAMP & SCHMALENSSEE, entre otros, la pretensión que el derecho de la competencia tenga como objetivo el bienestar, es más o menos generalizada, los conflictos se encuentran en reconocer si es el bienestar en un sentido general (consumidores más empresa) o sólo el bienestar del consumidor. Sin embargo, las cortes se han decantado por el bienestar en el sentido del consumidor. Vid. SCHMALENSSEE, RICHARD. *Thoughts on the Chicago Legacy...* *Op. cit.*, pág. 13; HOVENKAMP, HERBERT. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Ed. Harvard University Press. Cambridge. 2005, págs. 368; 1-10.

170 BORK, ROBERT H., *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, en *Yale Law Journal*, vol. 75, N° 3, Jan., 1966, págs. 373-475; POSNER, RICHARD A. *The Rule of Reason and the Economic...* *Op. cit.*

en materia de concentraciones y acuerdos y, recientemente, en materia de abuso de la posición dominante<sup>171</sup>.

Para la escuela de Chicago, los modelos económicos anteriores que sustentaban la política de competencia sobre el análisis de los efectos que producían las prácticas de las empresas en el mercado, podían ser calificados como altamente inclusivos y poco confiables. En otras palabras, los modelos económicos abarcaban prohibiciones sobre conductas que no eran comportamientos monopólicos en el sentido que los modelos podían predecirlas y además porque los modelos que se usaban tenían la posibilidad de producir importantes falsos positivos (sancionar conductas procompetitivas como anticompetitivas)<sup>172</sup>.

Desde la perspectiva de Chicago, la escuela estructuralista no distinguía algunas conductas eficientes que provenían de empresas con poder de mercado en razón de la clase de evidencia que podía ser aceptada por las autoridades en casos de libre competencia<sup>173</sup>. Las consideraciones de las cortes para reconocer análisis de la escuela de Chicago, fueron planteadas en sus inicios en el asunto *Sylvania*<sup>174</sup> por la Corte Suprema y, posteriormente, en el nombramiento de Reagan

---

171 Para un estudio de la evolución en Europa de la idea de eficiencia y bienestar del consumidor como objetivo de la política de libre competencia, Vid. BUTTIGIEG, EUGÈNE. *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, *op. cit.*, págs. 47-76.

172 Vid. POSNER, RICHARD A., *The Chicago School... Op. cit.*, págs. 928-929. “[...] *why the application of price theory should be a novelty. The answer, I believe, is that in the 1950's and early 1960's, industrial organization, the field of economics that studies monopoly questions, tended to be untheoretical descriptive, "institutional", and even metaphorical*”.

173 Vid. PAGE, WILLIAM H., *The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency*; En: *Virginia Law Review*, vol. 75, N° 7, (Oct., 1989), págs. 1221-1308, 1237-1238; Vid. POSNER, RICHARD A. *The Chicago School... Op. cit.*, págs. 928-929.

174 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977). En este caso se estableció la regla de la razón para los acuerdos verticales no relacionados con precios.

de WILLIAM F. BAXTER<sup>175</sup> como director de la División Antitrust del Departamento de Justicia en la administración Reagan<sup>176</sup>.

Los anteriores antecedentes permitieron, al interior de las agencias encargadas de prescribir las directrices relacionadas con la política de competencia, configurar el concepto de eficiencia como el objetivo central de las intervenciones en esta materia, en especial para limitar la intervención de las autoridades cuando los comportamientos demuestran resultados eficientes o cuando las restricciones producto de la conducta son necesarias para un efecto positivo sobre el bienestar<sup>177</sup>.

Los argumentos sostenidos por Chicago no han sido acogidos de forma unánime, ni por la Corte Suprema ni por la doctrina; sin embargo, el aporte realizado por esta escuela ha obligado a las autoridades como a la doctrina a una discusión sobre criterios más objetivos desde la perspectiva económica<sup>178</sup>. La consecuencia de las posiciones de

175 WHITE, LAWRENCE J., *Present at the Beginning of a New Era for Antitrust: Reflections on 1982-1983*, en *New York University Working Paper*. Marzo de 1999. No. EC-99-03. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1293085>

176 Una descripción de análisis normativo desarrollado por Chicago sobre las relaciones entre las prácticas adelantadas por las empresas y las reglas subjetivas que habían sido formuladas para el análisis de las mismas prácticas, en especial sobre aquellas reglas que determinaban reglas *per se*. Vid. PAGE, WILLIAM H. *The Chicago School and the Evolution of Antitrust*, *op. cit.*, págs. 1237-1238. “*The Chicago normative approach purports to offer a relentless logic connecting the analysis of the effects of specific practices to the formulation of concrete substantive rules governing those practices, typilly of per se legality*”.

177 HOVENKAMP, HERBERT, Policy after Chicago, en *Michigan Law Review*, vol. 84. Noviembre 1985, págs. 222-223... “*They [policymakers] changed theories. However, the statement that recent antitrust policy was the first to develop an “economic approach may mean that antitrust policymakers have only recently relied exclusively on economics. That is, early courts and enforcers may have recognized economic goals for antitrust policy, but they mixed these goals in some way whit distributive goals. [...] antitrust policymakers may first have begun to consider efficiency goals exclusively whit efficiency- If that characterization is correct, one can say with some meaning that the rice of Chicago School antitrust policy represents the beginning of exclusively”*.

178 Para una visión general sobre las ideas de Chicago, sus contradicciones, problemas y límites, Vid. AA.VV. *How The Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Editado por: Robert Pitofsky. Ed. Oxford University Press. 2008. New York, pág. 309.

Chicago ha hecho necesario que la relación jurídica y económica sea planteada desde argumentos que permitan una demostración empírica de los posibles efectos que las conductas pueden causar sobre el bienestar de los consumidores.

Bajo las anteriores consideraciones, las principales diferencias en la interpretación de las normas de libre competencia se concentran en el valor que una autoridad o la doctrina le otorguen a cada uno de los supuestos económicos en los diferentes modelos<sup>179</sup>. Entre las principales variables/supuestos que pueden dar lugar a discusión se encuentran, por ejemplo, las barreras a la entrada, las cuales tienen una especial importancia en asuntos relacionados con acuerdos horizontales, como también en materia de acuerdos verticales en razón de los efectos que se generan en mercados adyacentes y en materia de negativas de suministro. Otro ejemplo sería la intervención de efectos de red. Esto es, la importancia que una autoridad pueda otorgar a las redes presenta consecuencias importantes en asuntos relacionados con negativas a contratar y exclusividades, en especial cuando los efectos de red se relacionan con estándares de mercado. Otro aspecto que requeriría atención, sería el valor que una autoridad de competencia deposite sobre los buscadores de renta o *free rider* para valorar los efectos de los acuerdos verticales<sup>180</sup>.

Por último, es importante reseñar que los modelos usados, desde la perspectiva de los análisis normativos, por la escuela de Chicago pretenden establecer si un comportamiento tiene como consecuencia producir un efecto de monopolio o si por el contrario lo que se pretende

---

179 HOVENKAMP, HERBERT, *Antitrust Policy After Chicago*, op. cit., pág. 226. “*Orthodox Chicago School antitrust policy is predicated on two assumptions about the goals of the federal antitrust laws: (1) the best policy tool currently available for maximizing economic efficiency in the real world is the neoclassical price theory model; and (2) the pursuit of economic efficiency should be the exclusive goal of antitrust enforcement policy.*”

180 Monsanto Co. v. Spray - Rite Serv., 465 US 752 (1984); Easterbrook, *Vertical Arrangements and Rule of Reason*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 53, 1984, pág. 135 y ss.; HOVENKAMP, HERBERT. Vertical Restrictions and Monopoly Power, en *Boston University Law Review*, vol. 64, 1984, págs. 521-562.

es la consecución de eficiencias<sup>181</sup>. Para determinar tales efectos, los análisis se desarrollan en diferentes fases: (i) se recurre al modelo para determinar los incentivos que puede tener un agente económico para producir consecuencias monopólicas o eficientistas; (ii) luego se pregunta por el tipo de información que se tiene y cuál su correlación con las explicaciones de los efectos monopólicos y eficientistas. Con esto, se determina cuáles condiciones tienen que estar presentes para establecer la factibilidad de los incentivos eficientistas y/o cuáles conductas son sólo acordes con una explicación de efectos monopólicos; (iii) por último, se define la correlación bajo la explicación del modelo elegido entre las diferentes opciones, esto es, determinando cuál es la magnitud y frecuencia de la práctica en relación con las características definidas y cuál es la posibilidad de un error judicial<sup>182</sup>.

### 3.2.1. VALORACIÓN DE LA ESCUELA DE CHICAGO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA SOBRE LOS ILÍCITOS ANTICONCURRENCIALES

#### a. Consideraciones sobre el cierre de mercado

El desarrollo del análisis económico de la escuela de Chicago sobre el cierre de mercados permite algunos de los cambios jurisprudenciales posteriores a Harvard. Uno de los principales aspectos de la doctrina de Chicago para criticar a la escuela estructuralista fue desarrollado en la interpretación que los jueces habían realizado en las decisiones de los casos en materia del apalancamiento de mercados “*leveraging*”<sup>183</sup>.

181 PAGE, WILLIAM H., *The Chicago School and... Op. cit.*, pág. 1240.

182 Para una visión crítica del desarrollo de los planteamientos de la escuela de Chicago a través del análisis normativo de los comportamientos, en especial en lo relacionado con los costos de la administración de las normas y los efectos nocivos de la intervención de la autoridad de competencia y en especial los costos de..., Vid. PAGE, WILLIAM H. *The Chicago School and... Op. cit.*, págs. 1241-1242.

183 De forma particular, la aplicación más común de la teoría del apalancamiento se ha desarrollado en materia de acuerdos vinculados o productos atados. Para un ejemplo de las críticas sobre el problema del cierre de mercados desde la perspectiva de Chicago, Vid. POSNER, RICHARD A. *The Chicago School... Op. cit.*, pág. 929 y ss.



La teoría del apalancamiento, desde la perspectiva de la capacidad que tiene una empresa para desarrollar una práctica restrictiva que permita trasladar su poder de monopolio de un mercado a otro, ha sido una de las categorías de análisis que más debate ha generado en la historia del derecho de la competencia<sup>184</sup>. Desde la perspectiva de la escuela de Chicago, el apalancamiento, como punto central de su análisis, no reviste un problema general para la competencia.

El argumento esbozado por Chicago sobre el problema del apalancamiento, inicialmente planteado por BOWMAN<sup>185</sup>, se concentraba en la crítica a Harvard sobre una errónea comprensión de los efectos que una conducta como la de acuerdos vinculados podía producir en el mercado del producto atado. BOWMAN critica la perspectiva tradicional de la ilegalidad de la vinculación de productos, en especial en casos relacionados con productos bajo patente, según la cual una vinculación de un producto no patentado permitiría la creación de un nuevo monopolio por fuera de la patente en el producto atado. Esta conducta, desde la perspectiva de las autoridades de competencia, estaba considerada como un comportamiento de explotación monopolista y un instrumento para restringir el comercio a través del ejercicio de un apalancamiento del monopolio<sup>186</sup>. Para BOWMAN, el

---

Como réplica a Chicago, Vid. KAPLOW, LOUIS. *Extension of Monopoly Power through Leverage... Op. cit.*, pág. 515 y ss.

184 Para una visión de los problemas de la teoría del apalancamiento, Vid. KAPLOW, LOUIS. *Extension of Monopoly Power through Leverage*, en *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, págs. 515-556; 515. “In the past three decades, a growing body of commentators —originating in the “Chicago School”— has sharply criticized this traditional position by arguing that such leverage is impossible” (notas fuera del texto).

185 BOWMAN, WARDS. *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, en *Yale Law Review*. N° 67. 1957, págs. 19-36.

186 Para una descripción de la idea de apalancamiento bajo la figura de la vinculación de productos que se sostenía antes de la entrada de Chicago y que fue el objeto de la crítica de esta escuela, Vid. BOWMAN, WARDS. *Tying Arrangements ... Op. cit.*, pág. 19. “*In antitrust law, the conclusion that tying the sale of a second product to a patented product is automatically illegal has been accepted by courts for forty years. Under this theory, tying is harmful because it creates a new monopoly wholly outside the patent. Conditioning the sale or lease of one commodity on the sale or*

estudio de la vinculación de productos había perdido de vista una distinción fundamental entre el apalancamiento como instrumento para la maximización de los ingresos y el apalancamiento como un instrumento para la creación de un monopolio. Bajo el primero, sólo se puede analizar el uso del poder existente, mientras que bajo el segundo, se requiere la adición de un nuevo poder sobre la oferta del producto atado<sup>187</sup>.

Desde la anterior proposición Chicago enfrenta el estudio del cierre de mercados y de los comportamientos excluyentes (negativas a contratar, acuerdos atados, integraciones verticales, acuerdos de exclusividad, etc.), desde una base económica de modelos neoclásicos de precios. Las conclusiones de los análisis realizados por Chicago llevan a sostener una crítica sobre las posiciones de Harvard cuando consideraban que las prácticas de exclusión eran meras formas de adquirir beneficios monopólicos. Chicago advierte la existencia de explicaciones más racionales que justifican las conductas analizadas como excluyentes, bien desde la perspectiva de las eficiencias que generan los específicos comportamientos o desde la inocuidad de los mismos como conductas que podrían afectar el mercado<sup>188</sup>.

---

*lease of another, a practice known as a tying agreement or a tie-in, is generally considered a trade-restraining device. The recent Report of the Attorney General's Committee to Study the Antitrust Laws declares that the purpose of a tying contract is monopolistic exploitation. This exploitation is achieved by «artificially extending the market for the 'tied' product beyond the consumer acceptance it would rate if competing independently on its merits and on equal terms.» The view that tying contracts allow the wielding of monopolistic leverage is widely accepted” (Citas fuera del texto).*

187 Según Bowman esta distinción también aplica para la discriminación, donde la Robinson-Patman Act sólo reconoce la discriminación como una forma de excluir a los competidores del mercado y conseguir un monopolio. Vid. BOWMAN, WARDS. *Tying Arrangements ... Op. cit.*, pág. 19, Nota 4. “A similar distinction can be made in the field of price discrimination. Thus price discrimination may be used to increase revenue or to drive out competitors. The Robinson- Patman Act, for example, embodies the assumption that cutting the price of a product in a discriminatory manner is a means of driving out competitors and creating monopoly, whereas the economic analysis stresses its usefulness in maximizing monopoly revenue”.

188 PAGE, WILLIAM H., *The Chicago School and ... Op. cit.*, pág. 1233 y ss.

Desde los inicios de la doctrina de Chicago, el problema de la doble marginalización o posibilidad de obtener beneficios monopólicos a través de la adquisición de otro nivel de la cadena de producción por medio de una concentración empresarial o mediante una conducta de apalancamiento, se puso en contraste las doctrinas sostenidas hasta el momento. Es decir, la posibilidad de obtener dos ingresos monopólicos de la producción de un producto y su venta era una mala apreciación de los presupuestos económicos, esto es, sólo se puede obtener un ingreso monopólico de la venta de un producto.

El estudio de la doble marginalización fue trasladado al análisis de las ventas atadas, explicando que la conducta sólo podía entenderse racional cuando ella fuese considerada como una forma de discriminación de precios. En todo caso, este análisis fue identificado como una doctrina que permitía a las empresas monopólicas protegerse de la competencia y conservar la posición en el mercado, en la medida que los competidores, nuevos o existentes, necesitarían participar en los diferentes niveles de la actividad productiva<sup>189</sup>. Sin embargo, Chicago respondió a esta crítica puntualizando que el problema no recaía en el mercado donde se hacía el análisis de libre competencia, sino que éste podría encontrarse en las imperfecciones del mercado de capitales y que debía ser analizado bajo otras circunstancias para que se pudiera encontrar un problema sobre el bienestar<sup>190</sup>.

Siguiendo el mismo razonamiento, la escuela de Chicago sostuvo que los precios predatorios tampoco podrían actuar como un mecanismo anticompetitivo, dado que el recorte de precios no parece ser una estrategia que permita de forma razonable incrementar el poder de monopolio, y que en virtud de los mismos análisis, esta forma de competencia se parece más a una estrategia de competencia agresiva que a una anticompetitiva<sup>191</sup>.

---

189 KAPLOW, LOUIS, *Extension of Monopoly Power... Op. cit.*, pág. 515 y ss.

190 BORK, ROBERT H., *Antitrust Paradox ... Op. cit.*, págs. 137-144. Bork considera que a esta teoría como la de la falacia de la doble cuenta (*double-counting fallacy*) y además la enmarca al interior de una visión profiláctica (*prophylactic rule*) de la competencia, que para él llevaría a la supresión de toda competencia.

191 BORK, ROBERT H. *Antitrust Paradox ... Op. cit.*, págs. 149-155.

En el mismo sentido que las prácticas relacionadas anteriormente, Chicago ha demostrado bajo sus modelos que las pérdidas de bienestar, como estaba reconocido por la escuela de Harvard, ocurren con los carteles cuando se relacionan con empresas que tienen poder de mercado y pueden ejercer influencia sobre los precios en los mercados (por razón de la oferta) y refuerza la calificación de ilegalidad *per se* para los carteles de precios o división de mercados<sup>192</sup>. Sin embargo, también reconoce que determinados acuerdos entre competidores pueden reducir los costos y generar eficiencias para los consumidores, siempre que éstos puedan ser entendidos como accesorios para la cooperación en actividades productivas<sup>193</sup>.

*b. Análisis de la escuela de Chicago sobre comportamientos específicos*

La escuela de Chicago comienza su análisis teórico a través de tres posibles conductas que, desde la visión estructuralista recibían sanciones *per se* de ilegalidad. En especial para los contratos vinculados, la imposición de precios de reventa y las ventas predatorias.

(i) Contratos vinculados o sistema de productos atados (*tying arrangements*).

Para Chicago, la posibilidad de vincular o atar productos no era un método racional para adquirir una segunda fuente de rendimientos monopólicos, ya que se estaría reduciendo el precio que el comprador estaría dispuesto a pagar por el producto que vincula o ata. Así las cosas, para Chicago, sólo pueden tener sentido estas prácticas como un método para discriminar precios. Esto es, la compra del producto vinculado puede ser utilizada para separar compradores dentro de las

---

192 EASTERBROOK, FRANK, *The Limits of Antitrust*, en *Texas Law Review*, vol. 63, 1984, págs. 17-21.

193 BORK, ROBERT H., *Antitrust Paradox ... Op. cit.*

posibilidades de la elasticidad de la demanda del producto que vincula o que ata. Además, es importante resaltar que para Chicago el hecho de la discriminación no agrava el problema de los monopolios y por ello los contratos vinculados deberían ser considerados legales *per se* o presumiblemente legales<sup>194</sup>.

## (ii) Imposición de precios de reventa

Las consideraciones de Chicago sobre este punto fueron dirigidas a la imposición de precios de reventa por el productor a los distribuidores. Para esta escuela, la imposición de precios de reventa (*resale price maintenance* - RPM) no sería un método racional si el fabricante en parte superior de la cadena productiva pretende darle rendimientos monopólicos a los distribuidores o agentes económicos en la parte inferior de la cadena productiva.

Para Chicago el análisis debería concentrarse desde la perspectiva que al imponer precios de reventa, el productor pretende estimular a sus distribuidores a ofrecer otros servicios a los consumidores (servicios pre-venta o pos-venta, información personalizada, publicidad, suficientes existencias, exposiciones de productos, etc.). El criterio que debe usar el fabricante para fijar los precios, sería los costes que le generarían a él brindar este tipo de servicios. En la misma línea, el productor, mediante esta práctica podría evitar los problemas de *free rider* que ocurrirían cuando los distribuidores pueden fijar los precios

---

194 BOWMAN, WARD S., *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, en *The Yale Law Journal*, vol. 67, N° 1, 1957, págs. 19-36; BURSTEIN, M.L. *The Economics of Tie-in Sales*, En: *Review of Economics and Statistics*, vol. 42, 1960, págs. 68-73; WILLIAMSON, O. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, en *Free Press*, 1975. New York; BORK H. *Antitrust Paradox ... Op. cit.*, págs. 372-375 POSNER. R. *The Chicago School of Antitrust Analysis*, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, N° 4, (Apr., 1979), págs. 925-948. p 926, 934 y ss. SULLIVAN, JOAN y GRIMES, WARRANT; *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Second edition. Ed.: Thomson West. 2006. pág. 421.

de venta<sup>195</sup>. Esta escuela, en otro sentido, identifica las restricciones verticales de los precios con las restricciones verticales de territorio, es decir, que el criterio fundamental de análisis no debería ser el precio sino la motivación de la conducta y los efectos que ésta genera en el mercado sobre la oferta, los cuales permiten grados de eficiencia y evitan los problemas de *free rider*<sup>196</sup>.

### (iii) Ventas por debajo de los costes

La escuela de Chicago analiza las ventas por debajo de los costes que pueden conducir a los competidores fuera del mercado. Entiende esta escuela que un comportamiento de tal naturaleza no puede ser rentable en largo plazo a menos que el afectado por la práctica carezca de igual acceso al capital para financiar la guerra de precios. Esta escuela postula que el predador pierde recursos durante el período en el que desarrolla la práctica y que cuando trata de recuperar sus pérdidas incrementando el precio de los bienes, los competidores potenciales se encontrarán motivados para entrar al mercado con precios competitivos y así el intento por recuperar las pérdidas falla. Con ello sostiene que la conducta no es racional y que de darse debe tener su razón en otros criterios diferentes a la búsqueda de eliminar la competencia. Sin embargo, con el paso de los años, la misma escuela de Chicago ha matizado su posición frente a estos casos, reconociendo que la práctica sí podría generar efectos anticompetitivos de ser analizada como lo describimos anteriormente, en relación con el largo plazo,

---

195 Sin embargo, la influencia de esta teoría no ha tenido acogida; sin embargo, las restricciones verticales que no se relacionan con los precios tuvieron mucha mayor recepción e implicaron cambios de reglas *per se*, por reglas de la razón. Vid. SULLIVAN, JOAN Y GRIMES, WARRANT; *The Law of Antitrust...* *Op. cit.*, pág. 392 y ss.

196 BORK H., *Antitrust Paradox ... Op. cit.*, págs. 280-298. POSNER, RICHARD. *The Chicago School of...* *Op. cit.*, 934 y ss; POSNER, RICHARD. *Antitrust Law...* *Op. cit.*, págs. 171-189.

pues en los postulados BOWMAN<sup>197</sup>, BORK<sup>198</sup> y DIRECTOR<sup>199</sup>, la visión de esta escuela se concentraba especialmente en modelos estáticos. POSNER<sup>200</sup>, como uno de los representantes actuales más importantes, hace algunas consideraciones sobre los efectos del largo plazo para relativizar los efectos, especialmente para criticar a AREEDA y TURNER<sup>201</sup>.

Las consideraciones sobre las prácticas anteriormente analizadas permitieron a Chicago extender sus conclusiones a otros comportamientos de mercado sobre la base de la búsqueda de eficiencias por parte de las empresas, especificando que los efectos sobre el bienestar no afectarían las condiciones sobre las que ya se encontraba el mercado antes de la realización de tales comportamientos. En otras palabras, el análisis de los contratos vinculados, permitió a esta escuela que las consideraciones teóricas se extiendan a otros tipos de comportamientos como las integraciones verticales y el apalancamiento o *leverage*. Bajo el análisis de la imposición de precios de reventa las consideraciones propuestas por Chicago se extendieron a otros tipos de comportamientos, especialmente aquellos que se relacionan con la distribución como las exclusividades territoriales y las ventas exclusivas. Por último, en materia de precios predatorios, los análisis realizados por Chicago fueron extendidos a los contratos de largo plazo de ventas exclusivas que podían generar restricciones a otros vendedores que desearan entrar al mercado<sup>202</sup>.

La conclusión fundamental que argumentaba la escuela de Chicago se concentró en determinar que la aplicación de las normas de libre competencia debería concentrarse en la persecución de carteles y en las concentraciones horizontales que generaran como resultado una monopolización o la disminución de los participantes en el mercado que pudiera facilitar una cartelización. Sus conclusiones reflejaban, desde

---

197 BOWMAN, WARD S., *Tying Arrangements...* *Op. cit.*, pág. 20.

198 BORK H. *Antitrust Paradox ... Op. cit.*, págs. 306-307.

199 DIRECTOR and LEVI. *Law and the Future...* pág. 292.

200 POSNER. R., *The Chicago School of Antitrust Analysis...* *Op. cit.*, pág. 939 y ss.

201 *Ibidem*, pág. 927; KAPLOW, LOUIS. *Extension of Monopoly...* *Op. cit.*, 528 y ss.

202 POSNER, RICHARD. *The Chicago School of Antitrust Analysis...* pág. 927.

otra perspectiva que, una firma no puede incrementar su poder de monopolio por conductas unilaterales, a menos que se comporte de forma irracional intercambiando cuota de mercado por rendimientos<sup>203</sup>.

#### 4. EFECTOS DEL CIERRE DE MERCADO SOBRE EL BIENESTAR

Este apartado estará dedicado al estudio de los efectos que un cierre de mercado puede generar en el mercado. Para ello, contaremos con las consideraciones realizadas en los apartados anteriores relacionados con las doctrinas de Harvard y Chicago con el objeto de estudiar desde la perspectiva jurídica y económica las posiciones que las autoridades de competencia y las empresas esgrimen sobre los efectos pro y anticompetitivos de un cierre de mercado. Para el desarrollo de este epígrafe trataremos los efectos de la doble marginalización sobre el mercado, los efectos sobre los contratos incompletos y el problema del *Hold-Up*, los efectos sobre las externalidades horizontales en especial en relación con los problemas de *free rider*.

##### 4.1. EFECTOS SOBRE LA DOBLE MARGINALIZACIÓN

###### 4.1.1. CONCEPTUALIZACIÓN

La doble marginalización es una externalidad vertical que ocurre cuando un minorista o detallista que se encuentra ubicado en la parte inferior de la cadena de valor y un distribuidor ubicado en la parte superior, eligen de forma individual precios que desde la perspectiva de una entidad verticalmente integrada responden a un calificativo de ineficientes. Esto ocurre particularmente cuando dos firmas verticalmente relacionadas tiene, cada una considerada, un monopolio o poder de mercado. Esto

---

203 *Ibidem*, pág. 928



es, cada empresa vende sus productos por encima de sus costes marginales, con la consecuencia que el precio al consumidor excede el precio de monopolio. Si se elimina la doble marginalización se puede esperar que el consumidor pueda acceder a precios inferiores y que al mismo tiempo las empresas integradas verticalmente puedan obtener beneficios mayores produciendo un estado de bienestar en términos de Pareto (una situación que no es susceptible de ser mejorada sin empeorar las condiciones de algún otro agente).

Es preciso reconocer que, los efectos de la doble marginalización pueden no ocurrir cuando un mercado, bien sea en la parte superior o inferior de la cadena de distribución está fuertemente competido, ya que en alguno de esos dos segmentos un agente económico no podrá trasladar a los bienes o servicios precios por encima de sus costos marginales, eliminando así el efecto de la doble marginalización<sup>204</sup>. De igual manera sucede cuando el mercado de que se trata está constituido por bienes que se dé larga duración, ya que como consecuencia de este hecho los bienes vendidos competirán con los nuevos, es decir, que las empresas compiten consigo mismas reduciendo en los efectos de la doble marginalización (caso del acero, el cobre, etc.). Sin embargo, los bienes de larga duración pueden encontrarse al interior de la misma problemática de los efectos de doble marginalización cuando el productor puede realizar actualización o nuevas versiones del bien. Un ejemplo de esta naturaleza sería el mercado del software, donde los bienes están hechos para una duración indefinida pero que por medio de las actualizaciones o nuevas versiones se acorta la vida útil del bien<sup>205</sup>.

---

204 Eliminación de la doble marginalización por competencia en alguno de los segmentos.

205 CHIN, ANDREW, Antitrust Analysis in Software Product Markets: A First Principles Approach, en *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 18, 2004, págs. 1-83.

#### 4.1.2. EFECTOS SOBRE LA SUSTITUCIÓN Y LOS INCENTIVOS

Otras consecuencias que se pueden derivar de la doble marginalización y que afectan el bienestar son: la sustitución de insumos ineficientes y desincentivos a las decisiones de inversión. La primera, se relaciona con la sustitución de productos por otros de inferiores características (*inefficient input substitution*), haciendo referencia a que dadas las condiciones de un mercado determinado donde una firma en la parte superior de la cadena de valor oferta unos bienes a precios monopólicos, las firmas que se encuentran en la parte inferior optarán por cambiarse a bienes alternativos con inferiores características y como resultado el mercado obtendrá unos bienes menos eficientes a menor precio<sup>206</sup>. La segunda, en relación con el desincentivo para invertir en sectores donde las empresas no están integradas verticalmente, ocurre cuando una firma que se encuentra en la parte superior de la cadena de valor desarrolla actividades de inversión en innovación que terminan beneficiando a otras empresas situadas en la parte inferior. Esto es, los ingresos de la empresa en la parte superior se ven disminuidos en comparación con un escenario donde exista algún grado mayor de integración vertical, haciendo que la empresa en la parte superior de la cadena de distribución encuentre que los incentivos para invertir en innovación sean menores bajo las condiciones actuales del mercado, y procurando el desarrollo de escenarios de integración vertical donde las inversiones e innovación puedan ser rentabilizadas.

#### 4.1.3. FORMAS DE DISMINUIR LOS EFECTOS DE LA DOBLE MARGINALIZACIÓN

Los problemas de doble marginalización pueden ser disminuidos por medio de contratos que vinculan a las partes relacionadas en grados de integración como, por ejemplo, los contratos que permiten el mantenimiento de precios de reventa (*Resale Price Maintenance* -

---

206 RIORDAN, M. & SALOP, G. *Evaluating Vertical Mergers-A Post Chicago Approach*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 63, 1995, págs. 513-568.

RPM) y/o cantidades mínimas de venta, ya que estos tipos de contratos permiten la consecución de precios eficientes y eliminan la doble marginalización<sup>207</sup>.

No se puede olvidar que estas soluciones son puntos intermedios entre una concentración y los perjuicios de la doble marginalización. Sin embargo, el análisis de estas relaciones empresariales debe ser realizado según caso por caso, ya que las soluciones a los problemas de la doble marginalización pueden generar a su vez otras consecuencias perjudiciales para el mercado, como la creación de barreras a la entrada de competidores o los carteles horizontales. La valoración de todas estas consideraciones tiene que tener en cuenta que la celebración de estos tipos de contratos pueden a su vez producir importantes costes de transacción como aquellos que se relacionan con el diseño, monitoreo, cumplimiento, agencia, etc., de tales contratos, como también la posibilidad de incluir otro conjunto de cláusulas que puede profundizar las restricciones, tales como: contratos de exclusividad, división de territorios, etc. En definitiva, las siguientes modalidades de relaciones empresariales, que serán presentadas a continuación, pueden permitir contrarrestar los efectos de la doble marginalización. En la siguiente exposición se presentan alternativas a los perjuicios del cierre de mercados en razón de la estructura de cada uno de los contratos realizados para evitar la doble marginalización (contratos de integración vertical, procedimientos de concentración empresarial y empresas en participación), los cuales deben ser analizados a la luz de las eficiencias que generan y de las alternativas posibles existentes en el mercado<sup>208</sup>.

---

207 Estas soluciones son puntos intermedios entre una concentración y los perjuicios de la doble marginalización, que sin embargo deben ser analizados caso por caso, ya que las soluciones a los problemas de la doble marginalización pueden generar en el futuro otras consecuencias perjudiciales para el mercado, como la creación de barreras para la entrada de competidores o los carteles horizontales.

208 Vid. BISHOP, SIMON; LOFARO, ANDREA; ROSATI FRANCESCO & YOUNG JULIET. *The Efficiency-Enhancing Effects of Non-Horizontal Mergers*, en *Reporte de: Enterprise and Industry Directorate-General, para la Comisión Europea*. 2005, pág. 164, págs. 34-37; MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, JERÓNIMO, *Empresas en Participación (Joint Ventures)* y Derecho Comunitario de la Competencia. Ed. Bosch. 2007. Barcelona. pág. 508.

### a. Caso de precios de reventa

El mantenimiento de precios de reventa está motivado por la idea de un precio final que los consumidores deben pagar por un bien o servicio; sin embargo, esta figura presenta diferentes aproximaciones si se trata de imposición de precios mínimos o máximos; donde la primera, bajo el derecho de la competencia, contiene importantes reservas frente a su legalidad<sup>209</sup>. Sin embargo esta figura, siendo un tipo de restricción vertical<sup>210</sup>, puede ayudar a resolver problemas de coordinación entre agentes en diferentes niveles de la cadena de valor o producción, con resultados benéficos para todos los agentes en el mercado. Esto es, en ausencia de una coordinación en los precios, de un lado, el consumidor puede verse enfrentado a precios altos y restricciones en la oferta; mientras que de otro lado, las empresas pueden sufrir disminuciones en la demanda y/o restricciones de oferta provenientes de las empresas con poder de mercado en la cadena de distribución en razón de la elasticidad de producto<sup>211</sup>. Estos efectos

209 Para una visión amplia de los efectos pro y anticompetitivos de las restricciones de RPM, Vid. PALDOR, ITTAI. *Vertical Restraints' Paradox: Justifying the Different Legal Treatment of Price and Non-Price Vertical Restraints*. Enero 24, 2007. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=951609>; FOROS, Øystein, KIND, HANS JARLE Y SHAFFER, GREG. *Resale Price Maintenance and Restrictions on Dominant Firm and Industry-Wide Adoption*, en *CEsifo Working Paper*, Series No. 2032. Junio de 2007. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=996795>

210 En materia de RPM la jurisprudencia de los Estados Unidos ha modificado en el caso *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U. S. \_\_\_\_ (2007), su visión del RPM, la cual había sido fundada en el caso *Dr. Miles* 220 U.S. 373 de 1911.

211 Vid. OCDE. *Resale Price Maintenance*. 1997. París. OCDE/GD(97)229. pág.7; En la Unión Europea las discusiones sobre las restricciones verticales relacionadas con los precios ha tenido importantes debates en los últimos años, en especial desde la aparición del libro verde sobre las restricciones verticales en el apartado 58, donde analiza el efecto de la doble marginalización sin expresarlo. Vid. COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria. COM (96) 721. Enero de 1997. Esta discusión siguió su curso con la expedición de las directrices sobre restricciones verticales, en los apartados, 47, 111 y 225, donde se establecen las condiciones sobre las cuales puede ser entendida el mantenimiento de precios de reventa (MPR, en inglés RPM) en especial para un mercado con algún grado de competencia, que como ha sido señalado evita a su vez los efectos de la doble marginalización.

tienen lugar cuando, un agente en la parte superior y otro en la parte inferior de la cadena de valor tienen discreción sobre el precio, es decir, ambos tienen un poder de mercado horizontal y fijan de forma independiente los precios de sus bienes o servicios, y las decisiones sobre los precios traen como consecuencia que la externalidad generada por los comportamientos de las dominantes sea al mismo tiempo perjudicial para los rendimientos económicos de las empresas en sentido vertical y con ello generando perjuicios para los consumidores por el desarrollo de conductas ineficientes<sup>212</sup>.

*b. Caso de tarifas en dos partes (two-part tariffs)*

Las tarifas en dos partes pertenecen al sistema de discriminación de precios<sup>213</sup> donde existe una tarifa fija que hace referencia al alta de un servicio, al abono, o a la adquisición un determinado bien (servicio de taxi, televisión por cable, Internet, etc.) y otra tarifa que refleja el consumo, bien sea del servicio o de otros bienes necesarios para la utilización del primero. Desde una perspectiva económica, las condiciones de los precios para la tarifa fija y la tarifa por el uso del servicio o su

---

212 La explicación económica de esta pérdida de eficiencia es la doble marginalización, la cual a su vez dependerá de los grados de elasticidad de la demanda que cada empresa enfrenta y que a su vez éstos dependen del alcance que tenga la competencia intra e intermarca. El resultado final de la pérdida de eficiencia por las razones anteriores concluye en descuido de las empresas involucrado de los efectos indirectos producto del consumo de los bienes (*spillover*), ya que los incrementos en el precio realizados por cualquiera de los agentes involucrado llevará a efectos negativos sobre los ingresos de los otros agentes como consecuencia de los efectos sobre la demanda del mismo. Ejemplos de la doble marginalización y su solución a través del establecimiento de precios de reventa se da en mercado con derechos de propiedad intelectual como en el de la distribución de libros, diarios o periódicos.

213 Antitrust Modernization Commission. Report and Recommendations. Washington. Abril de 2007. pág. 311 y ss. En este informe se solicita al Congreso de los Estados Unidos que derogue la Robinson-Patman Act, ya que la finalidad del derecho de la competencia no es proteger a los competidores sobre la competencia, ni tampoco desalentar los descuentos en los precios, ni la innovación en nuevas formas de distribución.

semejante, dependerá de las condiciones de la demanda, esto es, si la demanda es homogénea o no, permitiendo a su vez que las empresas puedan mantener rendimientos monopólicos y los consumidores puedan adquirir estos tipos de bienes y servicios<sup>214</sup>. Las condiciones que se espera que existan para que las tarifas en dos partes puedan generar eficiencias serán aquellas donde los mercados no permiten arbitraje (diferencia del precio de un activo en razón de su ubicación geográfica y que no obedece a mayores costes por ese motivo) ni posibilidades de precios lineales.

Las condiciones del mercado también pueden ser analizadas en razón de la estructura del mismo. Esto es, dependiendo de las posibilidades de nuevos entrantes y del riesgo moral (asunción de mayores riesgos por el cubrimiento de un comportamiento de un tercero que puede ser interpretado como un tipo de seguro) de darle mayores beneficios a los nuevos entrantes, se puede derivar una negativa a contratar o la realización de contratos que permitan tarifas en dos partes bajo una mejor repartición del riesgo y beneficios por encima de los costos marginales para ambas partes<sup>215</sup>.

En definitiva, lo que se pretende para evitar la doble marginalización por medio del caso de tarifas de dos partes en situaciones donde intervienen monopolios, es que el acuerdo al que las partes lleguen permita una mejor asignación de los beneficios, logrando por un lado, que mayor número de consumidores puedan disfrutar de los bienes o servicios y que los ingresos de las empresas no disminuyan, al igual que fue analizado en el caso de los RPM donde la posibilidad de disminuir el precio permitía mayor acceso y mayores beneficios para las empresas.

En conclusión, las soluciones presentadas hasta este momento son semejantes. Los contratos que permiten determinados niveles de integración a su vez dependen de otro conjunto de circunstancias que deben concurrir en el mercado para que las mismas puedan ser funcionales y procompetitivas. Entre las circunstancias que deben concurrir nos encontramos con: los niveles de riesgo que las partes

---

214 REY, PATRIC & TIROLE JEAN, A Primer on Foreclosure, *op. cit.*, págs. 31-32.

215 Vid. BISHOP, SIMON; LOFARO, *et al.* The Efficiency-Enhancing... *Op. cit.*, pág. 35

están dispuestas a asumir, el riesgo moral de anticipar conductas ineficientes futuras, las posibilidades de arbitraje en el mercado, las condiciones de la incertidumbre de la demanda, la incertidumbre en los costos de distribución, etc. Sin embargo, una autoridad de la competencia debe reconocer la existencia de riesgos en la realización de estas operaciones por la posibilidad que en estos contratos se incluyan otras cláusulas que generen restricciones en los mercados como: cláusulas de exclusividad, precios mínimos de reventa, vinculación de productos, etc. para blindar a las partes de una competencia futura y establecer barreras a la entrada<sup>216</sup>.

Por último, es importante reconocer que la doble marginalización puede tener grados de corrección de ineficiencias a través de las relaciones contractuales antes vistas; sin embargo, las mismas son soluciones parciales y no absolutas ante frente a la pérdida de bienestar del consumidor y que a su vez pueden servir como instrumentos para reforzar posiciones dominantes o proteger el poder de mercado, etc. En última instancia, de cara a estas conductas, la autoridad de competencia se enfrenta a una problemática bastante compleja. De un lado la autoridad de competencia debe evaluar la posibilidad de aceptar restricciones de tal naturaleza bajo parámetros de justificación objetiva que permitan la consecución de resultados eficientes; mientras que de otro lado la autoridad de competencia tiene el deber de establecer la ilegalidad de las mismas por los efectos que tales conductas generan, bajo la forma de análisis de las restricciones que bien considere se ajusta de mejor forma al estudio de tales restricciones con el fin de establecer el resultado que beneficia más el bienestar entre las eficiencias que genera y las restricciones que produce en el mercado<sup>217</sup>. En definitiva, el reto de la autoridad de competencia es asumir un desprendimiento de análisis *per se* de ilegalidad y entrar en criterios de regla de la razón para evaluar las posibles eficiencias producto de las restricciones desarrolladas por empresas con poder de mercado.

---

216 *Ibidem.* pág. 35.

217 *Vid.* Comisión Europea. Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria. COM (96) 721. Enero de 1997.

## 4.2. EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS INCOMPLETOS Y EL HOLD-UP (PROBLEMA DE LA CAUTIVIDAD)

### 4.2.1. CONCEPTUALIZACIÓN

Los efectos de *hold-up* se encuentran en la denominada teoría económica de los contratos incompletos<sup>218</sup>, siendo importante precisar que desde el punto de vista del derecho, la figura que estudiamos, no tienen un valor como contrato reconociendo expresamente haciendo que los efectos que se desprendan del comportamiento de los agentes no da lugar a algún tipo de responsabilidad precontractual. Los contratos incompletos hacen alusión a contratos que serán celebrados en fechas futuras por razones de intereses existentes en la actualidad y que dada la naturaleza de los mismos (la incertidumbre) no pueden ser celebrados con anterioridad<sup>219</sup>. El *hold-up* es otra figura económica que trata de explicar los desincentivos a la realización de inversiones para la celebración de contratos futuros por motivos de la desconfianza en una parte para la realización efectiva de tales contratos. Esto es, para formalizar tales contratos se necesita realizar inversiones que se convierten en costos hundidos (costos no recuperables) en la fecha futura y que al no celebrar el contrato o valorizarse la posición de la otra parte en el contrato (adquirir una posición contractual fuerte) los beneficios futuros podrían verse comprometidos. Este comportamiento de no realizar las inversiones actuales para un contrato futuro se ha denominado efecto hold-up.

---

218 HART, OLIVE & MOORE, JOHN, *Incomplete Contracts and Renegotiation*, en *Econometría*, vol. 56, N° 4. 1988, págs. 755-785.

219 Se puede pensar en contratos para la búsqueda de un estándar que facilite la interoperabilidad entre dos agentes situados en lugares diferentes de la cadena de valor, los cuales al momento de plantearse la posible relación de interoperabilidad necesitan primero el desarrollo del bien que será incorporado como interoperable, pero que al momento de plantearse la oportunidad del negocio económico no existe en el mundo fenomenológico y su existencia genera importantes incertidumbres.



#### 4.2.2. CONTRATOS INCOMPLETOS

El problema de los contratos incompletos juega un doble rol sobre las ganancias de bienestar; efectos intrínsecos a la relación contractual y efectos extrínsecos a la relación contractual.

##### a. Efectos intrínsecos

El primero reconoce que, la falta de vínculos entre empresas (ausencia de importantes niveles de cooperación por razones de desconfianza o por límites legales como las normas de libre competencia) que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción, así éstas tengan poder de mercado, puede limitar las posibilidades de inversión y con ello privar a los consumidores de mejores productos, mayor oferta y menores precios. Sin embargo, es necesario matizar esta consideración bajo las siguientes observaciones en el ámbito contractual:

- i) *Con fundamento en las relaciones contractuales propiamente dichas.* La imposibilidad de evaluar los procedimientos realizados en torno a la relación contractual o la incertidumbre de los resultados futuros puede crear más riesgos que beneficios. Podemos ejemplificar este punto acudiendo a ejemplos de subcontratación para el desarrollo de determinada actividad en investigación y desarrollo por medio de agentes terceros por fuera de la relación contractual de los agentes económicos en la cadena de valor, donde la no consecución de los resultados puede ser imputada al tercero subcontratado, la mala suerte (entendida como la no consecución del objetivo final imputable al estado del arte y la ciencia) o la falta de esfuerzo de las partes relacionadas contractualmente. En este punto es importante reconocer que la existencia de contratos por fuera de las relaciones principales aumenta los costos de agencia y/ o de monitoreo (el control sobre terceros) a los ya existentes entre las partes<sup>220</sup>.

---

220 El problema que se ve reflejado bajo estas consideraciones recibe el nombre de *problema de agencia*, donde el principal realiza un contrato para la obtención de un servicio o la producción de un bien por parte del agente, pero como el principal no

- ii) *El ambiente en el que se realizan las relaciones contractuales.* Aún siendo evaluable el conjunto de riesgos y beneficios del contrato que las partes están dispuestas a asumir, los costos de transacción relacionados con la redacción de un contrato de esta naturaleza y la incertidumbre del resultado de un procedimiento judicial por la misma naturaleza de la materia, como los resultados esperados propiamente dichos, hacen que sea necesario evaluar entre celebrar el contrato de forma anticipada o esperar a la consecución de determinados resultados inciertos al momento de plantearse la celebración del contrato para realizar la negociación.
- iii) *La existencia de una política de competencia que limita la libertad de cooperación contractual.* El desarrollo de grados de integración temporal puede llevar a la confusión de lo contractualmente celebrado con actividades colusorias ilegales, ya que no sería necesario establecer una restricción real en el sentido de un perjuicio cierto, sino que los posibles efectos en razón de un cierre de mercado podrían ser vistos a su vez como anticompetitivos, por ejemplo como el incremento de barreras a la entrada de competidores o la disminución de una presión competitiva en determinados sectores<sup>221</sup>, que desde la perspectiva de los contratantes pueden estar justificadas para disminuir el riesgo moral.

## b. Efectos extrínsecos

El segundo rol que los contratos incompletos enfrentan en relación con los beneficios del bienestar, se relaciona con los efectos extrínsecos que pueda enmarcar la misma relación contractual en contra del bienestar.

---

tiene todo el control sobre los comportamientos del agente, los comportamientos de este último puede variar después de celebrado el contrato y realizar comportamientos oportunista que sólo lo benefician a él.

221 Para evaluar el valor de la presión competitiva en materia de libre competencia Vid. Resolución del Consejo Nacional de la Competencia 9 de noviembre de 2008. Entidades de Gestión Colectiva.

Principalmente bajo esta consideración nos enfrentamos a los efectos restrictivos de la competencia que pueden generarse por la protección de las posiciones en el mercado. Por ejemplo, cuando las partes están inmersas en contratos con altos grados de incertidumbre sobre los resultados, las recompensas que pueden estar dispuestos a ofrecer por el cumplimiento de los objetivos puede llevar a la realización de comportamientos verticales restrictivos, como discriminación de precios o limitaciones horizontales de no competencia (restricciones a la competencia futura o restricciones a la realización de concentraciones con otras empresas que se encuentren en el mismo nivel de la cadena de valor de los contratantes)<sup>222</sup>.

Sin olvidar lo anterior y reconociendo la dificultad de coordinar algunos sistemas de cooperación empresariales con la libre competencia, bien por la incertidumbre que en términos generales acompañan a las actividades económicas y los efectos anticompetitivos que se puede derivar de determinados acuerdos que en principio persiguen fines procompetitivos; o bien porque los medios no se acompañan con los fines, es decir, los beneficios en términos de bienestar no son acordes con las restricciones que se generan a la competencia tanto para resultados en el corto como en largo plazo<sup>223</sup>. No se puede olvidar que la cooperación puede alcanzar formas eficientes de evitar mayores costes, como también, repercutir positivamente en el bienestar de los consumidores a pesar de los problemas relacionados como los costes de agencia, los costes de monitoreo y el riesgo moral<sup>224</sup>.

---

222 Para una visión general de los contratos incompletos Vid. MILGROM, PAUL y ROBERTS JOHN. Economics, Organization, and Management. Instructor's Manual. 2a ed. Ed. Prentice-Hall, 1992. pág. 621.

223 El estudio de los efectos anticompetitivos como de los resultados procompetitivos puede ser revisada bajo la forma de análisis con la que cuentan las autoridades de competencia para determinar la violación o no de las disposiciones sobre abuso de la posición dominante.

224 Es importante resaltar que las concentraciones de empresas no disminuyen de forma permanente los problemas de agencia, así que en casos específicos no existen muchas diferencias entre contratos que permiten grados de integración vertical y las mismas concentraciones, pudiendo entenderse que por medio de negociaciones que no alcancen el nivel de concentraciones se pueden también alcanzar importantes objetivos que no son libre de seguir ocurriendo cuando se llega a niveles de

Con lo anteriormente expuesto se pretende enfatizar que por medio de la vinculación contractual que genera ciertos grados de integración vertical se pueden conseguir objetivos que sin la misma no tendrían lugar, esto es, permitir el desarrollo de actividades de inversión, investigación, desarrollo e innovación que tal vez no ocurrirían en razón de los efectos del *hold-up* como lo analizaremos a continuación<sup>225</sup>.

#### 4.2.3. EFECTO *HOLD-UP* Y PROBLEMA DE LA CAUTIVIDAD

Como fue explicado anteriormente en materia de *hold-up*, las inversiones que realiza una empresa en razón de la celebración de un contrato futuro traen como consecuencia que ésta, llegado el momento de celebrar el mismo, se termine encontrando en un estado de inferioridad negocial en la relación vertical<sup>226</sup>. Es decir, los contratos que se pretendan celebrar

---

concentración empresarial. Para una visión económica de la problemática Vid. COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*, en *Económica*. 4. 1937, págs. 386-405; KLEIN, BENJAMIN; CRAWFORD, ROBERT G. & ALCHIAN ARMEN, A. *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 21, 1978, págs. 297-326; WILLIAMSON O.E. *Transaction cost economics: The governance of contractual relations*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 22. 1979, págs. 233-261; HART, OLIVE & MOORE, JOHN. *Incomplete Contracts and Renegotiation*. *Op. cit.*; BISHOP, SIMON; LOFARO, *et al.* *The Efficiency-Enhancing... Op. cit.*, pág. 66 y ss.

225 Es importante realizar una matización sobre este punto, en todas las circunstancias de negociación no siempre tienen que estar envueltas restricciones superiores a las necesarias para la consecución del objetivo previsto. Las condiciones de reputación, experiencia y la importancia de relaciones al largo plazo pueden contribuir positivamente a la realización de contratos eficientes que no vinculen mayores restricciones que las necesarias. El criterio de reputación y responsabilidad de las conductas en el largo plazo fue analizado por la *Federal Trade Commission* y *U.S. Department of Justice* como un criterio de valoración de los comportamientos realizados por las empresas en materia de estandarización en la relación propiedad intelectual y derecho de la competencia. Vid el *U.S. Department of Justice* y *Federal Trade Commission*. *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*. Ed. Bibliobazaar. 2007. págs. 209; 40 y ss.

226 Los problemas de *hold-up* surgen cuando se requiere una inversión para una relación entre dos empresas. Vid. BISHOP, SIMON; LOFARO, *et al.* *The Efficiency-Enhancing... Op. cit.*, pág. 69.

se encuentran sujetos a importantes incertidumbres que hacen que la realización de previsiones sobre todas las consecuencias que puedan ocurrir no permita la existencia de contratos simples (por oposición a contratos que diseñen esquemas de integración o que consagren restricciones de mercado accesorias) que cubran los riesgos, eliminen las incertidumbres y la información asimétrica como lo señalamos anteriormente en materia de contratos incompletos<sup>227</sup>.

Posterior a la realización de las inversiones necesarias para contratar con otro agente en la relación vertical, aplicándose esto tanto a las empresas que están en la parte superior como en la inferior de la cadena de valor, el estado de dependencia en el que puede quedar una empresa hace que los bienes o servicios que ha realizado con tal fin pierdan valor<sup>228</sup>. Esto refleja que la otra parte tendrá incentivos para hacer desvalorar las inversiones realizadas por la otra parte en razón del estado de dependencia en que se encuentra, ya que nada lo obliga a mantener una relación económica, y el tiempo que transcurra entre la oferta del inversor y su aceptación hará que el valor de los bienes o servicios decrezca<sup>229</sup>. Desde la perspectiva de la anticipación de tal conducta, el inversor podrá interpretar la ocurrencia de tales hechos como desincentivos a la realización de inversiones, y a su vez, como efecto en el largo plazo, creará un debilitamiento de los desarrollos e innovaciones por cuenta de los riesgos que hay en tales conductas<sup>230</sup>.

Las inversiones a las que se hace referencia pueden consistir en diferentes categorías, teniendo un carácter muy especial las inversiones relacionadas con el desarrollo de actividades de invención, la creatividad

---

227 Vid. BISHOP, SIMON; LOFARO, *et al.* *The Efficiency-Enhancing...* *Op. cit.*, págs. 69-70.

228 WILLIAMSON, O.E., *Markets and hierarchies: Analysis and antitrust implications*. Ed. Free Press, Nueva York. 1975; En español: WILLIAMSON, O.E. *Mercados y jerarquías: su análisis y sus implicaciones Antitrust*. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1991. México D.F. pág. 318, pág. 104 y ss.

229 Vid. BISHOP, SIMON; LOFARO, *et al.* *The Efficiency-Enhancing...* *Op. cit.*, pág. 69-70.

230 SCHMITZ, PATRICK W., *The Hold-Up Problem and Incomplete Contracts: A Survey of Recent Topics in Contract Theory*, en *Bulletin of Economic Research*, vol. 53, N° 1, Enero de 2001. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=264969> or DOI: 10.2139/ssrn.264969 pág. 25, pág. 4 y ss.

y el conocimiento, en razón de su facilidad de apropiación<sup>231</sup>. También se pueden incluir inversiones de diferentes naturalezas como: (i) Activos con ubicación específica. Aquellos que implican la movilidad de determinados activos para la producción de un determinado bien. Por ejemplo bienes costosos de transportar o muy riesgosos por la naturaleza de los mismos o por las condiciones de movilidad. (ii) Bienes con características físicas específicas. Éstos serían bienes que sólo son útiles para el desarrollo de la actividad de la otra parte. Esto puede ser visto a través de casos que impliquen la fabricación de herramientas para una maquinaria específica. (iii) Especial capital humano y “*know-how*”. La capacitación, la experiencia y el entrenamiento de personal para el desarrollo de una tarea específica relacionada con bienes de la otra parte o con la investigación y el desarrollo para la interoperabilidad o compatibilidad con bienes de la otra parte<sup>232</sup>.

Para que surjan las potencialidades del efecto *hold-up* en materia inversiones, se deben dar algunas condiciones de forma cumulativa. La Directiva relativa a las restricciones verticales enuncia tres; sin embargo, podríamos decir que aún dándose éstas podríamos describir alguna más<sup>233</sup>:

- a. Las inversiones que se realicen por una de las empresas deben estar dirigidas al establecimiento de una relación contractual específica con otra empresa. Esto es, las inversiones que se realizan no pueden ser aprovechadas para el establecimiento de una relación con otro agente económico, ya que de ocurrir esto las posibilidades de llegar

---

231 Un ejemplo que ilustra esta problemática puede ser revisado en el escrito de The New Yorker Flash of Genius en el que se inspiró el guión de la película que lleva el mismo nombre Flash of Genius. SEABROOK, JOHN. The Flash of Genius, en *The New Yorker*. Enero 11 de 1993. Disponible en: [http://www.newyorker.com/archive/1993/01/11/1993\\_01\\_11\\_038\\_TNY\\_CARDS\\_000363341](http://www.newyorker.com/archive/1993/01/11/1993_01_11_038_TNY_CARDS_000363341)

232 WILLIAMSON, O.E., *Transaction cost economics: The governance of contractual...* *Op. cit.*

233 Comisión Europea. *Directrices sobre Restricciones Verticales*. 2000/C 291/01. Numeral 116.4) “...Cuando se reúnen estas condiciones, hay, por lo general, una buena razón para que exista una restricción vertical que se mantenga hasta que se deprecie la inversión”.

a negociaciones verticales serían más amplias y así la empresa inversora tendría más incentivos para invertir al disminuir el riesgo moral y los problemas de agencia propios de los contratos incompletos<sup>234</sup>.

- b. Las inversiones deben ser para el agente inversor costos hundidos y su característica consiste en que éstas se realizan con la finalidad de ser recuperadas en el largo plazo, ya que lo que se pretende es la configuración de una relación económica. En el caso que se trate de la venta de un bien, el problema de *hola-up* ocurre solamente si la venta del mismo se da con importantes pérdidas para el inversor<sup>235</sup>.
- c. La inversión, analizada en función de lo que cada una de las partes realiza en dirección a la relación contractual específica es asimétrica. Esto es, que una de las partes ha comprometido más recursos que la otra en el desarrollo de tal negocio, o también que las inversiones son realizadas en tiempos diferentes, donde una de las partes ha realizado inversiones con anterioridad a que la otra parte realice las suyas. La razón de este criterio estiba en el hecho que si las inversiones son interdependientes y los costes asumidos son semejantes, las posibilidades de la existencia de un comportamiento de cautividad se disminuyen.
- d. Las condiciones para prevenir un comportamiento oportunista por medio de un contrato que pueda ser judicialmente reconocido por un juez deben ser muy complejas o excesivamente costosas, por ejemplo en materia probatoria.

---

234 Para una visión general de los contratos incompletos Vid. MILGROM, PAUL y ROBERTS JOHN. Economics, Organization, and Management... *Op. cit.*

235 Vid. BISHOP, SIMON; LOFARO, *et al.* *The Efficiency-Enhancing...* *Op. cit.*, pág. 70.

#### 4.2.4. LOS EFECTOS DEL HOLD-UP EN LAS SSO'S O LAS SDO'S

Para comenzar con la problemática que puede existir en materia de propiedad intelectual (PI) en materia de *hold-up* sería necesario describir el marco donde se ubica esta la misma y por qué el derecho de la competencia debe preocuparse de la ésta<sup>236</sup>. Con la finalidad de establecer una claridad sobre el tema que nos ocupa, sería importante describir aquellos problemas que se relacionan con la PI pero que no acusan complicaciones directas con los efectos *hold-up* pero que puede llevar a confusión desde una visión apresurada<sup>237</sup>. Un caso de esta naturaleza sería el valor de los *royalties* por el acceso a un DPI, aún si el titular es una empresa con una posición dominante y el valor de acceso es costoso, el problema que se enfrentaría otro agente económico sería de acceso y no de cautividad.

Tampoco se debe confundir una situación de *hold-up* en todos los casos donde la incorporación de un DPI dentro de estándar incrementa el valor del mismo derecho. Esto en razón que el valor del DPI no se debe sólo a su función como estándar sino a la capacidad del mismo de convertirse en una solución óptima para una necesidad determinada. Sin embargo, en algunas circunstancias los DPI adquieren un significativo valor por razón de su vinculación como estándar sobre otras soluciones alternativas<sup>238</sup>. Lo crítico bajo esta situación es que, antes de que un determinado DPI se convirtiera en estándar existían otras opciones disponibles, pero después de este hecho el conjunto de alternativas

---

236 Directiva sobre Transferencia de Tecnología 27.04.2004 Numeral -203 “... si el licenciante se compromete a hacer considerables inversiones para un cliente concreto, por ejemplo, en formación y adaptación de la tecnología licenciada a las necesidades del licenciario, las obligaciones de inhibición de la competencia o las obligaciones que fijen una producción mínima o unos cánones mínimos pueden ser necesarias para inducir al licenciante a acometer la inversión y evitar problemas de cautividad”.

237 MEYER, DAVID L., *How to Address “Hold Up” in Standard Setting Without Deterring Innovation: Harness Innovation by SDOs*. ABA Section of Antitrust Spring Meeting Panel on Standards Development Organizations. Washington, DC, Marzo 26 de 2008. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/234124.htm>

238 MEYER, DAVID L., *How to Address “Hold Up” in Standard Setting ... Op. cit.*, pág. 3.



terminan reduciéndose a una sola, en la medida que no exista otros estándares sustitutivos (tégase en cuenta que se diferencia entre opciones alternativas y estándares alternativos, los primeros se encuentran en un posible estado de competencia, mientras después de la existencia del estándar no hay otros estándares compitiendo)<sup>239</sup>. Bajo este proceso que lleva a la determinación de un estándar, se puede crear un poder de mercado para el titular del DPI que no existiría en ausencia de la determinación como estándar.

Lo importante ahora sería determinar si el titular del DPI que es un estándar, puede facilitar la existencia de efectos de *hold-up* y si estos existen e importan desde la perspectiva *antitrust* y cómo pueden ser tratados desde el derecho de la libre competencia. Las organizaciones para el desarrollo de estándares (ODE, Standard Development Organizations - SDO's) se han estado enfrentando a los problemas que el *hold-up* puede causar sobre la adopción e implementación de estándares, buscando soluciones *ex - ante* y *ex - post*, por ejemplo han intentado la realización de reglas que permitan el acceso a los DPI antes de que los mismos sean establecidos como un estándar. Desde la perspectiva *ex - post* han intentado que las licencias de cualquier DPI que se incorpore en el estándar sea bajo condiciones razonables y no discriminatorias (*reasonable and no-discriminatory* - RAND)<sup>240</sup>.

#### 4.2.5. POSIBILIDADES DE DISMINUCIÓN DE LOS EFECTOS DEL HOLD-UP

Desde la perspectiva de las relaciones verticales que estamos tratando, los problemas del *hold-up*, pueden ser vistos por el derecho de la libre competencia bajo diferentes posturas, tanto aquellas que justifican la celebración de determinados acuerdos verticales que limiten la

---

239 MEYER, DAVID L., *How to Address "Hold Up" in Standard Setting ... Op. cit.*, pág. 4.

240 KOBAYASHI, BRUCE H. & WRIGHT, JOSHUA D., *Intellectual Property and Standard Setting* En: George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-40. Agosto 24 de 2009. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1460997>

competencia para evitar los efectos del *hold-up*, como también desde las perspectivas de las posibilidades de generar desincentivos en el largo plazo o la cartelización horizontal.

Como fue considerado anteriormente, cuando se dan las condiciones enumerados con antelación que determinan la existencia de efectos de *hold-up*<sup>241</sup>, algunas estrategias que permiten la disminución de sus efectos se encuentran en posibilidades de restricciones verticales relacionadas con la imposición de cantidades mínimas de venta (*quantity forcing*), cláusulas de no competencia, distribución exclusiva, asignación exclusiva de clientes o suministro exclusivo cuando lo hace el comprador. También puede darse otro tipo de acuerdos entre las partes que a su vez limiten las posibilidades de cierre de mercado como son la división (bajo esquemas de escisión) de procesos de la empresa que actúan en la parte inferior de la cadena de valor, para transmitir la confianza de que las actividades que se desarrollen en el futuro no se realizarán bajo esquemas de discriminación, especialmente cuando con posterioridad a la realización de los contratos los cambios de tecnología son muy costos (*switching cost*) y el proveedor de la misma podría verse tentado a favorecer las divisiones al interior de la compañía, filiales o empresas del grupo, que desarrolla procesos semejantes a otros agentes ubicados en la parte inferior de la cadena de valor<sup>242</sup>.

#### 4.3. EFECTOS SOBRE LAS EXTERNALIDADES HORIZONTALES

##### 4.3.1. CONCEPTUALIZACIÓN

Las externalidades horizontales son externalidades que ocurren con la existencia de oportunidades de *free rider* que se dan entre competidores

---

241 Vid Supra. punto 4.2.3 *Efecto Hold-up* y problema de la cautividad.

242 Este esquema de contratos implica a su vez una importante relación entre los posibles efectos de la doble marginalización y la limitación de los efectos del *hold-up*.

al nivel del comprador o del distribuidor<sup>243</sup>. Este hecho hace que las inversiones que realiza un agente en el mercado sean acumuladas por otros y como consecuencia, los niveles de inversiones entren en condiciones subóptimas. La consecuencia de este hecho será también un perjuicio para el consumidor al no verse beneficiado de mejores servicios o bienes, como pueden ser los servicios pre y posventa. La diferencia fundamental entre las externalidades horizontales y las verticales estriba en que, las primeras ocurren por la presencia de competidores, mientras que las externalidades verticales se ven estimuladas por la inexistencia de competencia o por una competencia muy residual.

Desde la perspectiva de las relaciones verticales, las restricciones horizontales son producto de los problemas intramarca, no intermarcas, y su comprensión puede estar considerada por el deseo del productor de permitir mayores ingresos a los agentes en la parte inferior de la cadena de valor. Sin embargo, como vimos anteriormente, mayores ingresos del distribuidor pueden disminuir la oferta de los bienes y con ello los ingresos del productor<sup>244</sup>. Consideradas estas circunstancias, bajo el entendido que nos encontramos ante la existencia de restricciones verticales y el reconocimiento de la racionalidad de un productor es posible indagar por el conjunto de circunstancias que pueden motivar tales restricciones y cuáles son los beneficios y perjuicios que se puede esperar de la ocurrencia de tales restricciones<sup>245</sup>.

---

243 TELSER, LESTER G., *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?* En: *Journal of Law and Economics*, vol. 3. Oct. 1960, págs. 86-105, pág. 93. “Telser ofrece la problemática del free rider y las restricciones verticales bajo la siguiente óptica. *Sales are diverted from the retailers who do not provide the special services at the higher price to the retailers who do not provide the special services and offer to sell the product at the lower price. The mechanism is simple. A customer, because of the special services provided by one retailer, is persuaded to buy the product. But he purchases the product from another paying the latter a lower price. In this way the retailers who do not provide the special services get a free ride at the expense of those who have convinced consumers to buy the product*”

244 HAY, GEORGE A., *The Free Rider Rationale and Vertical Restraints Analysis Reconsidered*, en *Antitrust Law Journal*. N° 56. 1987, págs. 27-35.

245 HAY, GEORGE A. *The Free Rider Rationale and...* *Op. cit.*, pág. 28. nota 5. Advierte que la no conformidad de los distribuidores con la imposición de restricciones

Desde una perspectiva económica, aislar a un distribuidor de la competencia intramarca puede permitir que éstos realicen inversiones necesarias para promover los productos del productor y, a su vez, incrementar la demanda de los mismos<sup>246</sup>. La razón donde se fundamenta esta consideración económica se encuentra en el problema de *free rider* de la competencia intramarca. Esto obedece a que las inversiones que realiza un distribuidor sobre los productos del productor podrían ser aprovechadas por otros distribuidores que no incurren en tales específicos costes y con ello la posibilidad de vender los mismos bienes a un precio menor<sup>247</sup>. La problemática, desde otra perspectiva, se encuentra en la posibilidad de anticiparse a los comportamientos de *free rider* por medio de restricciones a la competencia intramarca dentro del marco de permisividad que permite el derecho de la libre competencia, ya que de lo contrario la consecuencia sería una limitación en inversiones que benefician al consumidor en referencia a los mismos productos<sup>248</sup>.

---

verticales y aún los beneficios de que éstas sean impuestas por el productor en la medida que no pueden ser conseguidas por ellos mismos dadas las consecuencias legales de una posible cartelización, no desvirtúa que puedan existir beneficios y que la condición del consumidor no se encuentre desmejorada por las mismas.

246 TELSER, LESTER G., *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?* En: *Journal of Law and Economics*, vol. 3. Oct., 1960, págs. 86-105; TELSER, LESTER G. *Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?* En: *Journal of Law and Economics*, vol. 33. N° 2. Oct. 1990, págs. 409-417.

247 HAY, GEORGE A., *The Free Rider Rationale and... Op. cit.*, pág. 30. Reconoce este autor que el grado de intensidad de la competencia intermarcas no es una razón para establecer la permisividad de las restricciones verticales, las razones que justifican las restricciones verticales pueden ser aplicadas aún en condiciones de un productor monopolista. También considera que la restricción no debe ser analizada en razón de si se trata de aquellas que están relacionadas con los precios o no, lo principal es considerar las condiciones que se establecen para que el distribuidor pueda disfrutar de los beneficios de sus inversiones y su relación con el desarrollo de posibles conductas por parte de *free riders*.

248 Un ejemplo arquetípico de estas consideraciones serían los costos que asumiría un vendedor de equipos de sonido especializado de una determinada marca, el cual instala una sala de sonido para que los usuarios puedan diferenciar las distintas prestaciones de cada uno de los equipos o sistemas de sonido. Infraestructuras de esta naturaleza podrían tener un coste considerable, mientras otros vendedores de los mismos sistemas se podrían aprovechar de las mismas, necesarias, demostraciones

Sin embargo, el análisis de las conductas de *free rider* ha sostenido importantes críticas<sup>249</sup>, como veremos más adelante, que igual no resuelven la pregunta de por qué un fabricante impondría restricciones verticales a sus distribuidores si éstas no llevaran como resultado mejores beneficios para los consumidores. Es importante considerar que la visión del problema que enfrentamos se concentra en las restricciones impuestas por el fabricante y no en el poder monopólico de los distribuidores, que seguramente causará pérdidas de bienestar a los consumidores, en la medida que estaremos considerando relaciones horizontales bajo el encubrimiento de un esquema vertical<sup>250</sup>.

---

de sonido y de los asesores especializados que tiene el vendedor que incurrió en tales inversiones para vender luego el mismo producto a un precio inferior. Vid. EASTERBROOK, FRANK H. *The Limits of Antitrust*, en *Texas Law Review*. N° 63. Agosto 1984, págs. 1-40, pág. 26 “*Unless the vertical arrangement creates or enforces a cartel (which is rare), the manufacturer protects the consumer’s interests*”.

249 Para un análisis de las críticas a la teoría del Vid. GRIMES, WARREN S. *The Sylvania Free Rider Justification for Downstream – Power Vertical Restrains*, en *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust Law*. Editado por: Robert Pitofsky. Ed. Oxford University Press. 2008, págs. 181-195; LAO, MARINA. *Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance*, en *How the Chicago School Overshot...* Cit. Supra, págs. 196-216. Entre las críticas se encuentra el argumento que las restricciones verticales no impactan de la misma forma a todos los consumidores de forma individual. Para una visión general de las restricciones verticales Vid. WATSON, MICHAEL & DOBSON PAUL. *Vertical Restraints and Competition Policy*, en *University of Warwick*. Research Paper 12.1996, págs. 1-80. Disponible en: [http://www.oft.gov.uk/shared\\_oftr/reports/comp\\_policy/oft177.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft177.pdf); En materia de críticas, Vid. COMANOR, WILLIAM S. *Vertical Price – Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, en *Harvard Law Review*. N° 98, 1985, pág. 983 y ss.; SCHERER, F.M. *The Economics of Vertical Restraints*, en *Antitrust Law Journal*, vol. 52, 1983, págs. 687-718.

250 También se puede entender que será ilegal la coordinación expresa o tácita entre fabricantes para establecer un determinado precio en el mercado a través de los distribuidores. Sin embargo este hecho aún puede ser evaluado desde la perspectiva horizontal y no vertical, en otras palabras la relación ilegal sería la horizontal, así éstos se ejerzan por medio de las relaciones verticales independientemente consideradas. Además, reconociendo la dificultad probatoria de los acuerdos tácitos, existe aún la posibilidad de ejercicio por parte de la autoridad de competencia de determinar que las conductas fueron prácticas facilitadoras de un efecto anticompetitivo.

Otras de las críticas se concentran bajo el argumento de la no necesidad por parte de algunos consumidores (aquellos que conocen el producto) sobre el conjunto de servicios accesorios al bien objeto de la relación comercial, entiéndase por ejemplo servicios pre-venta, que hacen que las restricciones verticales impuestas por el productor produzcan un resultado negativo sobre el bienestar de estos consumidores (llamados consumidores infra-marginales)<sup>251</sup> y que si se puede extender esta proposición de una forma generalizada, la pérdida de bienestar será superior a las ganancias del mismo<sup>252</sup>.

#### 4.3.2. FREE RIDERS - SPILLOVERS A TRAVÉS DE LA PARTE INFERIOR DE LA CADENA DE VALOR

Como pudimos observar anteriormente, la oferta de servicios por parte de los distribuidores puede afectar la demanda de los productos que soportan tales servicios. Este sería el caso de algunos servicios pre-venta suministrados por especialistas o personal entrenado, algunas facilidades como la demostración de funcionalidades, realización de tests, la promoción y publicidad sobre determinados bienes, etc. Bajo esta perspectiva, si los beneficios económicos de tales servicios no pueden ser reapropiados por quien invierte en estos y se trasladan a otro agente (efecto *spill over*), asumirían la misma categoría de *bienes públicos*<sup>253</sup> y las consecuencias se derivarían en desinversiones<sup>254</sup>.

251 HAY, GEORGE A., *The Free Rider Rationale and... Op. cit.*, págs. 31-32.

252 Es necesario reconocer que las restricciones verticales deben reconocer diferentes aspectos, tanto relacionados con los bienes mismos, tales como la información que se requiere para que el consumidor adquiera el producto que requiere en cuanto a prestaciones, calidad y eficiencia. Como también, se debe reconocer el tipo de distribuidor que se necesita, las características, reputación e incidencia sobre el consumo de los mismos bienes. Todas estas características tienen costes asociados a la relación vertical y a su vez permiten la existencia de free riders, que pueden ser controlados por determinadas restricciones verticales. Vid. REY, PATRIC & TIROLE JEAN, *A Primer on Foreclosure*, Cit. Supra.

253 Por bienes públicos entendemos aquellos bienes que sobre los que no fácil establecer derechos de propiedad.

La discusión se centra en cuáles restricciones de la competencia pueden funcionar desde la perspectiva de cierre de mercado para favorecer las inversiones que realice un agente en las prestaciones de servicios de cara un producto o de aquellas que permitan la promoción o el impulso de nuevos productos desarrollados por un fabricante y por lo tanto ser consideradas eficientes. Es necesario tener en cuenta que el tipo de restricción que se está ahora, se relaciona con aquellas que necesitan ser concedidas por los productores para que los distribuidores se vean incentivados a desarrollar su actividad sobre determinados productos. Entre las restricciones que permiten evitar los efectos de *spill over* por comportamientos de *free rider* se encuentran los acuerdos de exclusividad de territorios, el mantenimiento de precios de reventa y las concentraciones verticales<sup>255</sup>.

En materia de exclusividad de territorio dos opciones se presentan como necesarias para entender las eficiencias que se pueden desprender de este tipo de prácticas. La primera, estaría relacionada con productos que pertenezcan a categorías de marcas débiles, esto es, cuando una marca no está posicionada en el mercado (por su novedad, una introducción fallida anteriormente o el desconocimiento de la marca) el productor tendrá que dar un conjunto de incentivos a los distribuidores para que se comprometan con la marca, realicen inversiones y puedan recuperar las mismas. Dependiendo del tipo de objetivo que esté buscando el distribuidor, la exclusividad de territorio puede ser una alternativa mejor en relación a las restricciones de precios, gastos mínimos en publicidad o inversiones directas en los locales comerciales de los distribuidores<sup>256</sup>. La segunda práctica, puede estar justificada por el tipo de complejidad que encierra el mismo producto. Desde esta perspectiva, se debe tener en cuenta que el productor puede requerir importantes inversiones por parte del distribuidor, y en el mismo

---

254 BIJLSMA, MICHEL; KOCSIS, VIKTORIA; SHESTALOVA, VICTORIA & ZWART, GIJSBERT, *Vertical Foreclosure: A Policy Framework, en CPB Document*. N.º. 157. Enero de 2008, págs. 96; 22-23.

255 BIJLSMA, MICHEL; *et al.* *Vertical Foreclosure: Op. cit.*, págs. 22-23.

256 Para una visión de las alternativas con que cuenta el fabricante Vid. Vid. GRIMES, WARREN S. *The Sylvania Free Rider... Op. cit.*, pág. 190.

sentido que las marcas débiles, se puede justificar una restricción de territorio que incentive al distribuidor a realizar las inversiones y no se vea afectado por los efectos de *spill over*. Visto desde esta óptica las restricciones no afectarán la competencia por ser consideradas accesorias (*ancillary restraints*), bajo el fundamento que las inversiones que realiza un distribuidor serán garantizadas y el resultado que se desprende es eficiente.

En el caso de restricciones relacionadas con los precios, como fue analizado de anteriormente<sup>257</sup>, el problema del *free rider* recibe una preeminente relevancia cuando se ha de determinar la validez de una restricción de esta naturaleza. Como es sabido, bajo la perspectiva europea la consideración sobre las restricciones que envuelven precios mínimos de reventa se encuentran prohibidas en razón de que tal práctica genera efectos negativos sobre el dinamismo de las redes de distribución e importantes riesgos sobre la cartelización horizontal<sup>258</sup>. Mientras en Estados Unidos se ha abierto la puerta para un análisis bajo la regla de la razón y no de ilegalidad de *per se* que involucra la posibilidad de establecer precios mínimos de reventa. Aceptando las críticas realizadas en especial las relacionadas con los peligros sobre un cierre de mercado que dificulte la entrada de nuevos competidores más eficientes en el nivel de la distribución<sup>259</sup>, la solución al problema de *free rider* puede ser conseguido mediante el establecimiento de precios que estimulen las inversiones de los distribuidores, impulsen nuevas marcas o productos complejos mediante servicios pre-venta<sup>260</sup>.

---

257 Vid Supra. Restricciones Relacionadas con los Precios.

258 Vid. *Comisión Europea. Directrices sobre Restricciones Verticales. 2000/C 291/01.*

259 Para una visión de las críticas, Vid. GRIMES, WARREN S. *The Sylvania Free Rider...* *Op. cit.*, pág. 191.

260 Vid. BISHOP, SIMON; LOFARO, *et al.* *The Efficiency-Enhancing...* *Op. cit.*, pág. 58.



### 4.3.3. FREE RIDERS - SPILLOVERS A TRAVÉS DE LA PARTE SUPERIOR DE LA CADENA DE VALOR

Los efectos de *free rider* también pueden ocurrir sobre las inversiones que realiza el fabricante en el distribuidor en razón de incrementar las ventas del distribuidor o disminuir los costes de la distribución de las marcas del mismo fabricante<sup>261</sup>. Entre las inversiones que puede realizar un fabricante en beneficio de un distribuidor se encuentran la provisión de información sobre potenciales clientes, como pueden ser las bases de datos del productor sobre clientes en la zona del distribuidor, el soporte técnico en el desarrollo de la publicidad o promoción de los productos del fabricante, la financiación de un nuevo local comercial del distribuidor, el entrenamiento de personal del distribuidor, la entrega y capacitación en el manejo de herramientas para los servicios de instalación y reparación<sup>262</sup>. La característica principal de todas estas inversiones realizadas por el fabricante es que las mismas pueden ser apropiadas por el distribuidor para beneficiar otras marcas competidoras<sup>263</sup> (*interbrand free rider*) produciendo externalidades entre las diferentes marcas y en razón de este previsible resultado el fabricante inversor se encuentra bajo la perspectiva limitar o excluir la competencia intermarcas en los locales comerciales del distribuidor<sup>264</sup>.

La forma considerada para limitar las externalidades *spill - overs* se desarrolla fundamentalmente a través de acuerdos de exclusividad. Estos

---

261 BIJLSMA, MICHIEL; *et al. Vertical Foreclosure: Op. cit.*, pág. 23

262 MARVEL, HOWARD P., *Exclusive Dealing* En: *Journal of Law & Economics*, vol. 25. Abril 1982. págs. 1-25.

263 Es importante en este sentido reconocer que inversiones que sólo benefician una marca determinada y que no pueden ser aprovechadas por un competidor no reciben cobijo bajo este supuesto ya que la promoción de una marca específica (*brand specific advertising*) no puede ser aprovechada por un distribuidor para que un consumidor cambie de producto. Un ejemplo que representaría esta proposición sería el anuncio de un seguro para determinado producto, el cual no hace parte de otros productos similares; *Vid.* MARVEL, HOWARD P, *Exclusive...* *Op. cit.*, pág. 8; *United States v. Dentsply Int'l, Inc.*, 277 F. Supp. 2d 387 (D. Del. 2003).

264 BIJLSMA, MICHIEL *et al. Vertical Foreclosure: Op. cit.*, pág. 23.

acuerdos básicamente se conocen en forma general por la obligación por parte del distribuidor de adquirir un determinado producto a un fabricante determinado<sup>265</sup>. El efecto principal de este tipo de acuerdos es evitar la competencia intermarcas en los locales comerciales del distribuidor para que otras marcas no se aprovechen de las inversiones realizadas por el fabricante en el distribuidor<sup>266</sup>. Un ejemplo de la conducta que se trata de evitar es por supuesto, limitar los incentivos de la venta de marcas más débiles que compiten con la marca del fabricante que realiza inversiones a favor del distribuidor, ya que éstas podrían proporcionarle una mayor rentabilidad en la medida que no estarían realizando inversiones sobre el distribuidor y los costes de los mismos estarían más cerca de los costes marginales de producción, mientras que la marca que está realizando las inversiones sobre el distribuidor podría tener unos costes marginales mayores en razón de tales inversiones<sup>267</sup>.

Desde esta perspectiva, podría pensarse que los beneficios de la venta de bienes de otros fabricantes por el mismo distribuidor no responden a una conducta de *free rider* proveniente de los otros fabricantes, sino que el mismo distribuidor es quien se está beneficiando directamente de la externalidad (*spill - overs*) que producen las

---

265 Federal Trade Commission. *Beltone Electronics Corporation, et al.*, 100 F.T.C. 68. Disponible en: [http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/vol100/FTC\\_VOLUME\\_DECISION\\_100\\_\(JULY\\_-\\_DECEMBER\\_1982\)PAGES\\_66-226.pdf#page=3](http://www.ftc.gov/os/decisions/docs/vol100/FTC_VOLUME_DECISION_100_(JULY_-_DECEMBER_1982)PAGES_66-226.pdf#page=3) “*Unlike territorial restraints, exclusive dealing has at no time been considered per se illegal, although the standards of proof have not always been especially stringent. This approach simply reflects the courts’ long-standing recognition that exclusive dealing may have procompetitive effects and purposes. Standard Oil Company of California v. United States 337 U.S. 293, 306-7 (1949); Tampa Electric Co. o. Nashville Coal Co. 365 U.S. 320, 329 (1961).*”

266 KLEIN, BENJAMIN & LERNER ANDRES V., *Procompetitive Justifications for Exclusive Dealing: Preventing Free-Riding and Creating Undivided Dealer Loyalty*, en Antitrust Documents Group. USDOJ, págs. 1-54; 7 Disponible en: [http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single\\_firm/docs/219980.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/219980.htm)

267 KLEIN, BENJAMIN & LERNER ANDRES V., *Procompetitive Justifications...* *Op. cit.*, pág. 8.

inversiones del fabricante<sup>268</sup>. Es importante tener en cuenta que esta conducta tendrá sentido para el distribuidor sólo si el margen de beneficio que puede obtener del otro producto es mayor o si la conducta sirve para impulsar un producto propio.

En otras palabras, la racionalidad que justifica los contratos de exclusividad se percibe por la posibilidad del fabricante de hacer

---

268 Ryko Mfg. Co. v. Eden Servs., 823 F.2d 1215 (8th Cir. 1987) Rayco es un fabricante de equipos para el lavado automático de coches, y que vende a nivel nacional de forma directa y por medio de redes de distribuidores. Ryko ha asignado zonas geográficas exclusivas a sus distribuidores, como también contratos de exclusividad que permiten sólo la venta de las máquinas de Ryko. Si bien con el tiempo Ryko realizó nuevos contratos menos restrictivos, los contratos celebrados con Eden Servs se encuadran dentro de los anteriormente descritos de las exclusividades de territorio y de distribución exclusiva. Ryko desarrollaba la promoción de sus productos a las compañías de gasolina que tienen diferentes estaciones de servicios en diferentes lugares de la geografía de los Estados Unidos. Cuando las compañías de gasolina recomendaban los productos de Ryko a sus estaciones de servicio, la promoción directa a tales estaciones era realizada por los distribuidores de Ryko en cada zona. EL litigio surge porque Eden impulsó sus propios sistemas de reciclaje de agua a expensas de los sistemas de Ryko cuando hacía la promoción de los servicios de Ryko ante estaciones de servicio que eran potenciales compradores en violación del acuerdo de exclusividad. Bajo esta perspectiva, la Corte analiza este hecho con referencia a la cuota de mercado y las dinámicas del mercado en el cual el cierre de mercado (*foreclosure*) ocurre. La evaluación de este hecho a su vez sigue las líneas del precedente establecido en el caso Tampa [365 U.S. 320 (1961)] donde se debe tener en cuenta bajo el supuesto de una cuota de mercado alta (i) la duración de la conducta; (ii) la probabilidad de colusión en la industria, y el grado en que otras firmas también emplean acuerdos de exclusividad; (iii) la existencia y tamaño de las barreras a la entrada; (iv) la naturaleza del sistema de distribución y los sistemas de distribución alternativos después de que se ha tomado en cuenta los contratos de exclusividad; (v) otros efectos pro y anticompetitivos, donde el más utilizado son los efectos de *free rider* y de *spill overs*. Para este caso, como reconoció también la Corte, la restricción no era sustancial en razón de la cuota de mercado, la cual debía analizarse en cada zona y en relación a las exclusividades que se encuentran en la misma. Bajo esta perspectiva el encargado de probar las condiciones que dañan la competencia recaían sobre Eden, que aún bajo las condiciones más amplias reconocidas por la *Federal Trade Commission* [Vid. FTC. Beltone Electronics Corporation, *et al.*, 100 F.T.C. 197 (Cit. Supra)] sobre la regla de la razón donde se debe tener en cuenta no sólo la cuota de mercado sino también la naturaleza dinámica del mercado en el que el cierre ocurre, no demuestra que el acuerdo de exclusividad limita la competencia, ni tampoco que se de un cierre de mercado sustancial en el mercado de accesorios como es el sistema de reciclaje de agua.

inversiones que podrán ser aprovechadas por los distribuidores en beneficio de ambos, limitando las posibilidades de un aprovechamiento sólo en beneficio del distribuidor y sin un correlativo beneficio para el fabricante<sup>269</sup>. Es importante reconocer que la cuota de mercado tiene una importante influencia sobre los efectos anticompetitivos de un cierre de mercado a través de acuerdos de exclusividad. Es decir, las posibilidades de competencia, de acceso al mercado y de competencia por parte de otros agentes se ven disminuidas bajo la imposibilidad de acceder a importantes fuentes de distribución<sup>270</sup>. Sin embargo, existen otras discusiones importantes sobre la determinación de la legalidad o ilegalidad de las exclusividades cuando éstas limitan el acceso a un determinado sistema de distribución pero en el mercado existen otros sistemas de distribución que puede permitir el acceso de otros fabricantes al mercado<sup>271</sup>.

---

269 KLEIN, BENJAMIN & LERNER ANDRES V., *Procompetitive Justifications...* *Op. cit.*, pág. 13.

270 United States v. Dentsply Int'l, Inc., 277 F. Supp. 2d 387 (D. Del. 2003).

271 Un acuerdo de exclusividad que cierra (*forecloses*) un largo porcentaje de un modo de distribución podrá tener un efecto anticompetitivo muy limitado si están accesibles otros modos de distribución. *Vid.* HOVENKAMP, HERBERT. *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice*. Ed. Thomson West. 3ed. (Hornbook Series). 2004, págs. 841; 444-445; United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000). [U.S. v. Microsoft Corporation: Conclusions of Law and Final Order (04/03/2000; )] Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f218600/218633.htm> El juez Jackson sostuvo que los contratos de exclusividad de Microsoft no violaban la Sección 1 de la Sherman Act. El argumento que usó para establecer esta consideración lo fundó en la lectura que él hace de los precedentes. La idea que sostiene se funda en el argumento bajo el cual la restricción (acuerdo de exclusividad) no podrá ser ilegal si ésta cierra el mercado para el competidor en un 40% aproximadamente (el mercado de los *browser*). Por último, el juez Jackson considera que los demás contratos realizados por Microsoft con Compaq, AT&T, OLSS, ICPS, ISVs, Apple, tampoco son ilegales, no en razón de las restricciones impuestas, sino porque éstos no terminan generando el efecto de privar a Netscape de la posibilidad de acceder a cualquier usuario de PC's, ya que éstos pueden descargar el mismo desde Internet, como también a través de un importante número de minoristas, recepción por medio de correo. Para una crítica de esta interpretación del juez Jackson. *Vid.* PAGE, WILLIAM H. & LOPATKA, JOHN E. *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*. Ed. The University Chicago Press. 2007, págs. 347; 61-62; 187-191.

## 4.3.4. COMPETENCIA E INVERSIONES

Como se ha reconocido anteriormente, los problemas de cierre de mercado anticompetitivo desde una perspectiva vertical surgen por el desarrollo de conductas que incrementan el poder de mercado y reducen la competencia. Sin embargo la relación entre poder de mercado e incentivos para la innovación contiene una problemática desde el derecho de la competencia difícil de encuadrar. Esta problemática fundamentalmente se plantea en el reconocimiento, por un lado, de la idea que sostiene que la competencia es el instrumento que dinamiza las inversiones y la innovación; de otro lado, el reconocimiento de una postura más agresiva que opta por darle mayor valor a los monopolios o al poder de mercado como instrumento impulsor de inversiones e innovación<sup>272</sup>. El resultado de esta disyuntiva se concluye en la imposibilidad de establecer parámetros regulatorios concretos que ilustren posturas coherentes ante la ambigüedad de las opciones planteadas<sup>273</sup>. Ejemplos concretos de esta problemática se establecen en casos de solicitud de acceso a una licencia, casos relacionados con

---

272 BAKER, JONATHAN B., *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*, en *Antitrust Law Journal*. N° 74, 2007, pág. 575 y ss. Baker comienza su artículo estableciendo una pregunta bajo el supuesto de lo que para él pretende el derecho de la competencia. Así, este autor nos dice “La aplicación del derecho de la competencia seguramente busca mantener precios bajos y una oferta alta, pero ¿es esto bueno para la innovación?” bajo este cuestionamiento reconoce la problemática que encierra el pensamiento económico sobre la relación entre competencia e innovación. La problemática así planteada se desarrolla a través de las ideas opuestas entre dos economistas, Joseph Schumpeter quien describe a los monopolios como favorecedores de la innovación y Kenneth Arrow quien considera que la competencia es la que favorece la innovación.

273 Para una visión económica de la relación entre innovación y competencia desde la perspectiva de sus efectos en empresas con poder de mercado y en mercado donde la competencia es fuerte, Vid. AGHION, PHILIPPE; BLOOM, NICK; BLUNDELL, RICHARD; GRIFFITH, RACHEL; HOWITT, PETER. *Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship*, en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 120. N° 2, págs. 701-720.

acuerdos entre empresas para la fijación de estándares, casos de grupos de patentes (*patents pool*), etc.<sup>274</sup>.

Bajo el marco de esta discusión, se puede considerar que determinados acuerdos de exclusividad, cláusulas de no competencia, distribución exclusiva, asignación exclusiva de clientes puede ser usados para estimular la realización de inversiones y a su vez para evitar efectos de *hold up* o efecto de cautividad. En otros sentidos, acuerdos para la determinación de estándares son a su vez importantes mecanismos que permiten a los agentes trabajar en objetivos comunes que resulten en beneficios para los consumidores.

Otro de los aspectos importantes para entender la problemática entre inversiones, innovación y competencia puede estar determinado por la idea de competencia por sustitución y competencia por imitación<sup>275</sup>. Desde una perspectiva de mercados dinámicos, la esencia de una competencia que estimule la competencia por sustitución debe a su vez proteger la innovación alcanzada por las empresas que se

---

274 Para una visión general de la problemática, *Vid.* MACHENRODT, MARK-OLIVER. The Political Economy of Intellectual Property Rights and Competition Policy – Report on Max Planck Conference on Intellectual Property and Competition, en *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. (IIC), vol. 36, 2005, págs. 113-126.

275 DREXL, JOSEF; CONDE GALLEGO, BEATRIZ; ENCHELMAIER; LEISTNER, MATTHIAS & MACKENRODT, MARK-OLIVER, *Comments on the Directorate-General Competition Discussion Paper of 2005 on the Application of Art. 82 EC to Exclusionary Abuses*, en *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. (IIC), vol. 37, 2006, págs. 558-572; 561. Afirman que se debe distinguir en material de propiedad intelectual la exclusión en relación con la competencia por imitación y la competencia por sustitución, estableciendo que la última es el ejemplo de la competencia por el mercado y no en el mercado. Sin embargo, aceptando esta consideración bajo el aspecto general, los mercados son más complejos que la sola existencia de relaciones de imitación y sustitución. El ejemplo claro sería el problema del acceso a un derecho de propiedad intelectual para poder interoperar. En principio, para poder interoperar se necesita la creación o el acceso a un bien que puede asemejarse más a la competencia por imitación, que reconvierte en un supuesto necesario para que exista competencia por sustitución. Este punto es de una complejidad importante, en especial cuando una empresa participa en diferentes niveles de la cadena de valor y los competidores sólo están situados en uno de los niveles. Reconociendo la importancia de este tópico, su análisis se realizará en un apartado independiente cuando estemos tratando la relación entre competencia y propiedad intelectual.

encuentran en el mercado y permitir también que los competidores, actuales y potenciales, puedan acceder a información, obtener licencias y llevar los mercados a otros estados de innovación.

Desde esta perspectiva, las autoridades de la competencia tienen una tarea compleja en la diferenciación de los casos en que un cierre de mercado sólo está protegiendo una determinada innovación de una competencia por imitación o de si tal cierre de mercado se produce para frenar cualquier tipo de competencia por sustitución<sup>276</sup>. Es importante que la autoridad de competencia pueda diferenciar cuando es necesario un acceso a la tecnología o a la innovación desarrollada por un agente con la finalidad de evitar un cierre de mercado que prive por efecto cualquier posibilidad de competencia por sustitución<sup>277</sup>. Un ejemplo importante de esta tipología serían los casos de interoperabilidad, donde los agentes necesitan participar de un determinado sistema y para brindar unas especiales prestaciones a los consumidores, ya que si se niega la posibilidad de interoperar los agentes competidores no podrán generar nuevas innovaciones que en algún grado son interdependientes del acceso, sin que las mismas tengan que ser idénticas o se limiten a un grado de competencia por imitación.

---

276 Para una visión desde la perspectiva Schumpeteriana de los beneficios y problemas de la competencia para la innovación, Vid. KATZ, MICHAEL L. & SHELANSKI, HOWARD A., '*Schumpeterian' Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets*, en *Competition*, vol. 14, pág. 47, 2005. Disponible en: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=925707> En este artículo se pueden identificar los problemas en la innovación a través de las concentraciones que otorgan un gran poder de mercado y las posibles consecuencias negativas sobre la esperanza de una mayor innovación.

277 Para una visión que justifican la intención de eliminar los competidores como un proceso normal de la competencia y aceptable, Vid. SCHMALENSEE, RICHARD, *Antitrust Issues in Schumpeterian Industries*, en *American Economic Review*, vol. 90. Mayo, 2000, págs. 192-196; Una crítica que puede ser realizada a esta visión la podemos sintetizar bajo la creencia que, el hecho de que el deseo de eliminar a los competidores sea natural a los mercados no justifica los efectos nocivos de las conductas realizadas, las cuales se tendrían que analizar, como mínimo, bajo la perspectiva de las eficiencias que una determinada conducta genera, la indispensabilidad de la misma para el logro de algún objetivo superior para la sociedad, el balance sobre las consecuencias y los beneficios, etc.

## CONCLUSIÓN

El estudio de la teoría del cierre de mercado a través de las diferentes escuelas de pensamiento económico y jurídico, como de las interpretaciones realizadas por las autoridades de competencia nos permite concluir que se encuentran razones tanto para aceptar que un cierre de mercado bajo determinadas circunstancias puede contribuir al bienestar de los consumidores, como para reconocer que por medio de argumentos eficientistas se puede eliminar la competencia en el mercado. Desde esta perspectiva, consideramos afortunada la visión de la Comisión Europea en las Directrices sobre abusos de posición dominante excluyente, al reconocer que no se aceptan excepciones de eficiencia cuando como resultado de la práctica adelantada por una empresa se puede eliminar toda la competencia o gran parte de ella. Así, consideramos que el criterio de regla *per se* para determinados tipos de acuerdos verticales, en especial para precios de reventa (por ser la consideración más estricta), debe dar paso a la regla de la razón que permita a los consumidores beneficiarse de los comportamientos que en el mediano y largo plazo tienen la potencialidad de incrementar la oferta, disminuir los precios e incentivar la innovación, desde la perspectiva de un balance entre el mantenimiento de la competencia y las eficiencias en el sentido de la directriz mencionada.