

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL, DERECHO DEL
TRABAJO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



LOS CONTRATOS VINCULADOS (*TYING AGREEMENTS*) EN EL
DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el
Derecho comunitario europeo de la competencia

Tesis doctoral que presenta CARMEN HERRERO SUÁREZ

Bajo la dirección del Prof. Dr. D. LUIS A. VELASCO SAN
PEDRO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad
de Valladolid

Valladolid, noviembre de 2005

INDICE

página

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	---

PRIMERA PARTE: OBJETIVOS GENERALES DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

CAPÍTULO I. LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. PANORÁMICA DEL DEBATE ACTUAL SOBRE LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA	13
II. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA	33
A) ECONOMÍA DE MERCADO Y LIBRE COMPETENCIA EN LA DINÁMICA HISTÓRICA	33
B) OBJETIVOS POLÍTICO-JURÍDICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	50
1. Dispersión del poder económico	51
1.1. <i>EE.UU.</i>	55
1.2. <i>Comunidad Europea</i>	67
2. Protección de la oportunidad y libertad de las empresas para competir en base a sus méritos empresariales	71
2.1. <i>EE.UU.</i>	78
2.2. <i>Comunidad Europea</i>	83
3. La integración europea como objetivo específico de la normativa comunitaria en materia de libre competencia	89
C) OBJETIVOS ECONÓMICOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: LA EFICIENCIA ECONÓMICA	94
1. La escasez. Conceptos de eficiencia en la asignación, en la producción y eficiencia dinámica	94
2. El modelo de competencia perfecta y la teoría del monopolio	97
2.1. <i>La competencia perfecta</i>	97
2.2. <i>La competencia imperfecta</i>	102
2.3. <i>Los fallos del modelo de competencia perfecta</i>	106
3. Distintos modelos de valoración de la eficiencia económica	111
3.1. <i>Restricción de la producción. Protección del bienestar del consumidor en sentido técnico</i>	113
3.2. <i>Protección del proceso competitivo</i>	117
III. CONCLUSIÓN	119

SEGUNDA PARTE: CONTRATOS VINCULADOS Y LIBRE COMPETENCIA

CAPÍTULO II. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN DE LOS CONTRATOS VINCULADOS. ELEMENTOS ESTRUCTURALES

I.	INTRODUCCIÓN	127
II.	EXISTENCIA DE DOS PRODUCTOS DIFERENCIADOS	133
	A) EL PROBLEMA DE LA SEPARABILIDAD DE PRODUCTOS (<i>Single product issue</i>)	133
	B) TESTS O CRITERIOS DE VALORACIÓN	143
	1. Perspectiva de los consumidores: test de la demanda diferenciada	144
	1.1. <i>Consideraciones generales</i>	144
	1.2. <i>La cuestión de los productos implicados en mercados de alta tecnología: el caso Microsoft</i>	155
	2. Perspectiva de los productores	171
	2.1. <i>Análisis de la conducta de otros competidores (prácticas del mercado)</i>	170
	2.2. <i>Análisis de la conducta de la empresa demandada</i>	174
	3. Perspectiva del propio producto	176
	4. Test de las justificaciones empresariales	178
	5. La unión legal entre productos: la determinación de los productos implicados en presencia de un derecho de propiedad intelectual	181
	5.1. <i>Patentes</i>	184
	5.2. <i>Derechos de autor</i>	189
	5.3. <i>Marcas</i>	191
	5.3.1. <i>El contrato de licencia de marca</i>	193
	5.3.2. <i>El contrato de franquicia</i>	204
III.	VINCULACIÓN O CONDICIONAMIENTO	216
	A) LA COERCIÓN COMO ELEMENTO DE UNA PRÁCTICA DE VINCULACIÓN	216
	B) MODALIDADES DE VINCULACIÓN	228
	1. Vinculación explícita	229
	2. Vinculación implícita	230
	2.1. <i>Políticas con el mismo efecto práctico que la vinculación</i>	231
	2.1.1. <i>Vinculación por “coerción”</i>	231
	2.1.2. <i>Vinculación por “inducción”</i>	237
	2.2. <i>Vinculación física o tecnológica (technological tie-in)</i>	243
IV.	RECAPITULACIÓN	246

CAPÍTULO III. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA ANTIMONOPOLIO EN MATERIA DE VINCULACIÓN

I.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	255
II.	EVOLUCIÓN Y PANORAMA ACTUAL DE LA POLÍTICA <i>ANTITRUST</i> ESTADOUNIDENSE.....	262
	A) RASGOS GENERALES.....	262
	B) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	266
	1. Primera mitad del siglo XX.....	267
	2. De <i>International Salt</i> a <i>Fortner I</i>	275
	3. De <i>Fortner I</i> a <i>Eastman Kodak</i>	287
	C) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INFERIORES: <i>MICROSOFT</i> Y <i>LEPAGE'S V. 3M</i>	299
	1. Microsoft.....	299
	2. <i>Le Page's v. 3M</i>	309
III.	EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA COMUNITARIA EUROPEA.....	314
	A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	314
	B) APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 DEL TRATADO CE.....	317
	1. La vinculación como acuerdo restrictivo de la competencia.....	317
	2. La vinculación como abuso de posición dominante.....	324
	C) CONCENTRACIONES CONGLOMERALES Y PRÁCTICAS DE VINCULACIÓN.....	343
	1. Panorámica: la teoría del efecto-cartera o <i>portfolio</i> <i>effect</i>	343
	2. <i>Tetra Laval/Sidel</i>	354
	3. <i>GE/Honeywell</i>	358

CAPÍTULO IV. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA (I): EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

I.	CUESTIONES PREVIAS.....	365
II.	EFECTOS EN EL MERCADO DEL PRODUCTO VINCULADO.....	375
	A) ALCANCE Y ACEPCIONES DE LA TEORÍA DE LA PALANCA O <i>LEVERAGE</i>	375
	B) FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA SOBRE LA BASE DE LOS MÉRITOS EMPRESARIALES. COERCIÓN O REDUCCIÓN DE LA LIBERTAD DE OPCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.....	380
	C) EXTENSIÓN DEL PODER DE MERCADO EN EL PRODUCTO PRINCIPAL AL MERCADO DEL PRODUCTO VINCULADO (<i>OUTPUT</i> <i>RESTRICTION</i> O PRECIOS SUPRACOMPETITIVOS).....	392
	1. Panorámica.....	392

2.	Posición de la Escuela de Chicago: irracionalidad económica del <i>leverage</i>.	397
3.	Crítica a la posición de Chicago: ¿es posible el funcionamiento real del <i>leverage</i>?	407
3.1.	<i>Determinación del alcance de la crítica.</i>	407
3.2.	<i>Naturaleza de la relación existente entre el producto principal y el producto vinculado.</i>	409
3.3.	<i>Presunciones sobre el funcionamiento de los mercados.</i>	419
3.3.1.	<i>Capacidad de respuesta de los consumidores o clientes.</i>	421
3.3.2.	<i>Estructura del mercado del producto vinculado.</i>	426
3.4.	<i>Análisis estático v. análisis dinámico.</i>	429
3.5.	<i>Conclusión.</i>	434
D)	EXCLUSIÓN EN EL MERCADO DEL PRODUCTO VINCULADO (FORECLOSURE). ERECCIÓN DE BARRERAS DE ENTRADA.	439
1.	Panorámica.	439
2.	La exclusión anticompetitiva en el sistema estadounidense: hacia un ilícito competitivo de naturaleza puramente explotativa.	442
3.	La exclusión considerable e injustificada de competidores como efecto anticompetitivo específico en el ámbito europeo.	449
III.	EFFECTOS EN EL MERCADO DEL PRODUCTO PRINCIPAL.	462
A)	CONSIDERACIONES PRELIMINARES.	462
B)	PRESERVACIÓN DEL PODER ECONÓMICO EXISTENTE: ERECCIÓN DE BARRERAS DE ENTRADA.	467
C)	LA VINCULACIÓN COMO INSTRUMENTO DE DISCRIMINACIÓN.	471
1.	Instrumento de medición de la intensidad de uso del producto principal (<i>metering device</i>).	471
2.	Instrumento de explotación de preferencias heterogéneas de los consumidores: prácticas de <i>block-booking</i>.	479
3.	Conclusión.	483
D)	MECANISMO DE CONTROL DE ACUERDOS CARTELÍSTICOS.	486
E)	ENMASCARAMIENTO DE LOS PRECIOS.	491

CAPÍTULO V. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA (II): JUSTIFICACIONES DE LA VINCULACIÓN

I.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES.	497
A)	MARCO GENERAL DE VALORACIÓN DE JUSTIFICACIONES EMPRESARIALES PROCOMPETITIVAS.	497
1.	EE.UU.	497
2.	Europa.	503
B)	APLICABILIDAD DEL MARCO GENERAL A LOS CONTRATOS VINCULADOS.	511

II.	CONSECUCIÓN DE EFICIENCIAS.....	519
	A) VINCULACIÓN Y EFICIENCIA.....	519
	B) AHORRO DE COSTES.....	522
	1. Costes de producción o distribución.....	522
	2. Costes de transacción.....	530
	C) REDUCCIÓN DE INEFICIENCIAS EN LOS PRECIOS.....	532
III.	NECESIDAD TÉCNICA: PROTECCIÓN DE LA REPUTACIÓN EMPRESARIAL (<i>Good-will argument</i>).....	536
IV.	FOMENTO DE LA COMPETENCIA INDIRECTA.....	546
V.	PONDERACIÓN DE EFECTOS PRO Y ANTICOMPETITIVOS DE LAS PRÁCTICAS DE VINCULACIÓN.....	549
	CONCLUSIONES.....	557
	LISTA DE ABREVIATURAS.....	573
	BIBLIOGRAFÍA.....	575

INTRODUCCIÓN

En un sistema de economía de mercado, articulado en torno a dos pilares fundamentales: libertad de empresa y derivado de éste, libertad de competencia, los empresarios, enfrentados entre sí, recurren a las más diversas prácticas o conductas en un intento de colocar sus productos y servicios y salir victoriosos en esa lucha competitiva. Dentro de estas prácticas empresariales, la conocida como práctica de vinculación, consistente en la oferta conjunta de bienes o servicios que, en principio, podrían ser objeto de transacciones independientes, ha suscitado un especial interés, recibiendo atención desde distintas ramas del ordenamiento jurídico orientadas a la regulación del mercado y de la actuación de los distintos operadores que en el mismo participan. Atención que, generalmente, se ha traducido en una actitud de sospecha o recelo frente a estas conductas y ha desembocado en su sujeción a control o en su prohibición directa. La posibilidad de que esta conducta afecte negativamente los intereses de consumidores y empresarios competidores así como el interés general en el mantenimiento de un orden concurrencial saneado determina que su regulación se afronte desde diversas sedes normativas, como el Derecho del consumo o el Derecho de la competencia, en sus dos manifestaciones, Derecho de la libre competencia y Derecho de la competencia desleal¹.

¹ En el ámbito del Derecho español, diversas ramas del ordenamiento jurídico contemplan la oferta o venta conjunta de productos o servicios. En primer lugar, esta práctica puede constituir una infracción administrativa de comercio. En este sentido, la LOCM sanciona en su artículo 34 “la oferta conjunta como unidad de contratación de dos o más clases o unidades de artículos”. Prohibición que no reviste un carácter absoluto, reconociéndose en ese mismo precepto distintas situaciones en las que esa venta conjunta está permitida. La posibilidad de que esta conducta lesione los intereses de los consumidores ha sido contemplada en el artículo 10.1.c.12 de la LDCyU, que condena por abusiva la cláusula, inserta en condiciones generales, por la que se obligue al comprador a adquirir bienes o mercancías suplementarias no solicitadas. Finalmente, el Derecho de la competencia también es de aplicación a estas conductas. El artículo 8.3. LCD considera desleal la práctica de subordinación de contratos, por la que se obliga a la adquisición de un producto como condición necesaria para satisfacer la demanda de otro bien o servicio requerido por el adquirente. Por su parte, la LDC reproduce en sus artículos 1 y 6 la dicción literal de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma, al enumerar entre los ejemplos de acuerdos restrictivos y de conductas abusivas respectivamente, “la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

El objeto de este trabajo se limita al examen de esta conducta desde la perspectiva del Derecho de la libre competencia o Derecho *antitrust*. Se ha optado por circunscribir el análisis de la vinculación a una de sus repercusiones más virulentas: la alteración del desarrollo del proceso competitivo en los mercados. La potencialidad lesiva de los contratos vinculados o, en terminología anglosajona, *tying agreements*, ha determinado su sujeción, en los principales sistemas jurídicos, a un riguroso control, a fin de determinar su compatibilidad con la normativa tuitiva de la libre competencia. La elección del tema no es causal sino que ha venido condicionada por la concurrencia de tres factores o circunstancias. En primer lugar, su actualidad e importancia en la práctica. La vinculación es un fenómeno relativamente frecuente, de hecho, algunos de los casos antimonopolio más significativos, tanto en Europa como en EE.UU., han tenido por objeto estas conductas. Baste citar como ejemplo de los primeros, el caso *Hilti* o el caso *Tetra Pak II* y de los segundos, los célebres asuntos *International Salt* o, más reciente, *Eastman Kodak*. En los últimos años hemos asistido a un rebrote del protagonismo de esta conducta dentro del Derecho de la competencia, como consecuencia del largo –y conflictivo– proceso entablado contra la empresa informática *Microsoft*, tanto en el ámbito estadounidense como en el europeo. Caso que constituye, en nuestra opinión, un preludio o anticipo de futuros problemas similares, principalmente en los mercados de nuevas tecnologías, como el sector informático, en el que la integración entre funciones o programas constituye una constante.

Pese a la importancia práctica de este tipo de operaciones, no existe actualmente una política *antitrust* uniforme y consolidada en la materia. De hecho, la valoración de los contratos vinculados continúa siendo una de las cuestiones más complejas del Derecho de la libre competencia. Complejidad que se pone de manifiesto en la existencia de posiciones abiertamente discrepantes, no sólo sobre la repercusión competitiva de esta conducta, sino incluso, en la propia fase inicial de caracterización o delimitación de la misma.

A los factores reseñados es necesario sumar la total ausencia de estudios monográficos o de un tratamiento unitario de esta figura en nuestra disciplina. La conjunción de estas tres circunstancias: importancia práctica, dificultad y necesidad de suplir un vacío doctrinal justifican, en consecuencia, el interés y la razón de ser del presente trabajo.

El análisis de esta figura se acomete desde el estudio conjunto y comparado de dos de los principales sistemas jurídicos en materia de libre competencia: el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo. En la determinación del alcance del trabajo, se ha optado por la exclusión de un examen individualizado del Derecho español. Esta exclusión se justifica, fundamentalmente, en atención a la escasa trascendencia práctica de la política antimonopolio nacional en esta materia, así como en el grado de simbiosis o asimilación que, tras la entrada de España en la Comunidad Europea y la aprobación de la Ley nacional de defensa de la competencia, se viene produciendo entre la política interna y la europea. Esta ausencia se entiende, sin perjuicio de que, a lo largo del presente trabajo, se haga referencia a diversas resoluciones del Tribunal de Defensa de la competencia español en materias o problemas concretos, en las que éstas pueden resultar de interés para corroborar –o completar– las soluciones que se deriven del examen de los dos ordenamientos en torno a los cuales se desarrolla el estudio.

Diversos factores justifican la elección del Derecho *antitrust* estadounidense como uno de los principales pilares o referencias desde las que se plantea el estudio de las prácticas de vinculación. La importancia del Derecho americano, dentro de los distintos sistemas jurídicos en materia de competencia, es incuestionable. En primer lugar, es preciso recordar su carácter pionero en el intento de ordenar normativamente el desarrollo del proceso competitivo en los mercados. En 1890 se aprueba la célebre *Sherman Act*, primera piedra de un sistema jurídico que pronto se verá completado con otros textos, entre los que destaca la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*, ambos de 1914. Si a la longevidad va asociada generalmente una mayor experiencia, esta relación es especialmente pertinente en el caso de la política *antitrust* estadounidense en materia de vinculación, que se ha ido articulando desde la existencia de

una casuística extraordinariamente rica. Más de un siglo de debate y discusión sobre las principales cuestiones o problemas que la valoración de la competitividad de las prácticas de vinculación plantea, justifica el análisis pormenorizado del Derecho estadounidense.

La importancia de la política americana no reside únicamente en el elevado número de casos existentes en la materia sino, además, en la complejidad que informa el tratamiento de esta conducta. Como tendremos ocasión de examinar detenidamente, el carácter dinámico vinculado a esta rama del ordenamiento jurídico, se pone especialmente de manifiesto en la conformación del Derecho *antitrust* estadounidense que, prácticamente desde su nacimiento, ha estado sometido a un proceso continuo de redefinición de su alcance y objetivos, en función de las convicciones políticas y económicas dominantes. Pues bien, la política de los tribunales en materia de *tying agreements* constituye un fiel reflejo de las distintas etapas que han modulado el Derecho estadounidense. Como la profesora FOX ha puesto gráficamente de manifiesto: “La evolución de la política del Tribunal Supremo frente a las prácticas de vinculación proporciona un microcosmos de los debates y conflictos inherentes al Derecho de la libre competencia²”.

Por último, es importante resaltar la trascendencia internacional de las actividades de un gran número de empresas que determina que el impacto competitivo de sus conductas haya de ser enjuiciado desde distintas jurisdicciones. Buena prueba de ello la encontramos en la reciente sujeción de dos prácticas empresariales, especialmente pertinentes en nuestro trabajo, a un juicio de valoración de su compatibilidad con el Derecho de la competencia, tanto europeo como americano. Nos referimos al abortado proyecto de concentración empresarial entre las empresas *General Electrics* y *Honeywell*, operación que recibió el *placet* de las autoridades americanas de la competencia pero que fue considerada susceptible de obstaculizar la competencia en el mercado común y, por tanto, fue prohibida por la Comisión Europea. De igual modo, las prácticas

² Vid. FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, St.Paul, Minn. 1989, p. 644.

empresariales del gigante informático de Vermont, la empresa *Microsoft*, han merecido una distinta valoración en el ámbito estadounidense y en el europeo. La posibilidad de que los efectos de una conducta empresarial se extiendan a ambos lados del Atlántico exige, en consecuencia, un conocimiento de los principios básicos que informan el Derecho *antitrust* estadounidense hoy en día, a fin de constatar –y entender- las similitudes y diferencias entre este sistema y la política europea en materia de competencia.

La inserción de España en la Comunidad Europea y la importancia – creciente- dentro del conjunto normativo europeo, del Derecho de la competencia, justifican por sí mismos el segundo pilar de este trabajo. La política en materia de competencia ha sido, desde la fundación de las Comunidades europeas en los años cincuenta, una de las más ricas. Política que también ha sufrido una evolución en los últimos años. La aprobación de nuevos textos normativos, principalmente en el ámbito de control de la concentración empresarial³ y de los acuerdos colusorios⁴, unida al debate, cada vez más sonoro, sobre la necesidad de reformar –o clarificar- los principios que informan la aplicación del artículo 82 del Tratado CE, relativo a las conductas abusivas cometidas por empresas en posición dominante, han dotado de un nuevo tinte a este sector del cuerpo jurídico europeo que, aún manteniendo caracteres y rasgos distintivos propios que lo distinguen del sistema estadounidense, sí ponen de manifiesto un enfoque más economicista en la valoración de las conductas empresariales y la necesidad de un mayor rigor y solidez desde una perspectiva económica en la apreciación de la existencia de un ilícito competitivo. Ahora bien, las incertidumbres que actualmente planean sobre

³ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 *sobre el control de las concentraciones entre empresas*.

⁴ Vid. el importante Reglamento (CE) n°1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado* y los distintos reglamentos de exención por categorías, entre ellos: Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*; Reglamento (CE) n° 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología*.

el devenir futuro del proyecto europeo, ejemplificadas recientemente en el fracaso de adopción de una Constitución europea, repercuten igualmente en el ámbito de la competencia, cuyas líneas futuras de desarrollo también constituyen, en cierto modo, una incógnita. Uno de los objetivos del presente trabajo es anticipar, sobre la base de la casuística europea –menos abundante que la americana en materia de contratos vinculados- y, teniendo en cuenta esta progresiva –y sutil- reorientación del Derecho antimonopolio comunitario, los parámetros y criterios que informan actualmente el juicio de conformidad de estas prácticas empresariales con las normas sobre competencia.

“La vinculación es un fenómeno misterioso que aún no ha podido ser enteramente comprendido por nadie”. Con estas palabras iniciaba un autor estadounidense un estudio dedicado a la valoración de esta figura⁵. En nuestra doctrina, el profesor FERNÁNDEZ-NOVOA destacó una nota característica de la política *antitrust* americana en materia de vinculación: la incertidumbre⁶. Misterio e incertidumbre que pueden hacerse extensibles, en cierta medida, a la política europea. El examen de las principales decisiones de las autoridades de la competencia pone de manifiesto la inexistencia de una política uniforme y definida frente a estas conductas, de hecho, en la articulación de ésta se observan posturas discrepantes y variables, no sólo en la determinación de los elementos de responsabilidad –es decir, de las circunstancias que es preciso ponderar a fin de valorar el impacto competitivo de la conducta-, sino, incluso, respecto de sus propios elementos estructurales o configuradores. Del mismo modo, en el ámbito doctrinal no existe una posición unánime: junto a posturas intermedias que recalcan la ambigüedad competitiva de las prácticas de vinculación, existen actitudes más maniqueas, que enfrentan a sectores que defienden la anticompetitividad prácticamente *per se* de estas conductas con otros que sostienen, por el contrario, su bondad consustancial y la inexistencia de efectos restrictivos ligados a las mismas. ¿Por qué la

⁵ Vid. STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, 34, *Emory Law Journal*, 1985, pp. 253 y ss.

⁶ FERNÁNDEZ NOVOA: “Persiste la incertidumbre acerca del régimen aplicable a los tying arrangements”, 10, ADI, 1984-1985, pp. 571 y ss.

valoración de los contratos vinculados resulta tan compleja desde la perspectiva del Derecho de la libre competencia? ¿Dónde reside el “misterio” de estas conductas empresariales?

Frente a estos interrogantes no cabe una respuesta unitaria. Diversos factores son los causantes de estas dificultades.

En primer lugar, la propia amplitud de la figura examinada. La vinculación, definida como la práctica consistente en la subordinación de la venta de un determinado producto (producto principal o vinculante) a la adquisición obligatoria de un segundo bien (producto vinculado), admite una multitud de categorías o modalidades, lo que dificulta la adopción de criterios unitarios y generales⁷.

Las dificultades se acrecientan debido a la pluralidad de incentivos o finalidades que pueden impulsar a las empresas a recurrir a este tipo de prácticas. Junto a objetivos, en principio, legítimos, como la protección de la reputación empresarial o de la imagen de marca, o la búsqueda de ahorros de costes en la producción o distribución de los productos, la utilización de estas prácticas también puede obedecer a motivos menos benignos, como el deseo de reforzar o extender posiciones de poder económico en los mercados sin incurrir en las fatigas de la lucha competitiva en base a los méritos empresariales o, en cualquier caso, más sospechosos, como la articulación a través de estas prácticas de políticas de precios discriminatorias.

Idéntica amplitud cabe afirmar de los posibles efectos de la conducta sobre la competencia. La característica principal de las prácticas de vinculación, que permite diferenciarla de otras figuras afines, es la presencia de, al menos, dos mercados distintos. La incidencia competitiva de la conducta puede proyectarse en cualquiera de estos dos mercados: mercado del producto principal o mercado del producto vinculado.

⁷ Tanto el término venta como el término producto son utilizados en sentido amplio. El primero engloba todas aquellas figuras contractuales cuyo objeto sea la puesta a disposición de un tercero de un producto. El término producto también es utilizado con carácter general, abarcando tanto los bienes de cualquier naturaleza como las prestaciones de servicios.

Incidencia que admite distintas manifestaciones: precios supracompetitivos, exclusión de competidores de los mercados, erección de barreras de entrada, limitación de la libertad de opción de los consumidores. Los problemas de valoración se acentúan debido a la cambiante naturaleza del ilícito competitivo. El concepto de restricción de la competencia ha sido objeto de diversas interpretaciones, a lo largo del tiempo y en las distintas jurisdicciones, que le han dotado de un mayor o menor alcance. De hecho, gran parte de la polémica y discrepancias doctrinales respecto a los peligros de las prácticas de vinculación, derivan de la adopción de puntos de partida radicalmente distintos sobre el propio concepto y funciones de la competencia y, en consecuencia, sobre los objetivos exigibles al sector del ordenamiento jurídico encargado de protegerla.

Con este trabajo se pretende afrontar el reto de desvelar –si no todo– al menos parte del misterio que rodea esta práctica empresarial, lo que exige el análisis o tratamiento de cada uno de los factores o circunstancias señaladas. Para ello, hemos considerado conveniente estructurar el trabajo en dos grandes partes. Una primera, de carácter general, examina el abanico de objetivos adscritos tradicionalmente al Derecho *antitrust*, dedicándose ya la segunda al tratamiento específico de las prácticas de vinculación.

En la primera parte, estructurada en un único capítulo, se ofrece una perspectiva general sobre el nacimiento del Derecho de la libre competencia y sobre las funciones que, a lo largo de la historia, han sido encomendadas al mismo, tanto en el ámbito europeo como en el estadounidense. El análisis de cualquier práctica empresarial desde la óptica de la competencia requiere el encuadramiento de la figura en un sistema jurídico, sistema que, en el caso concreto del Derecho *antitrust*, está siendo constantemente redibujado y reorientado en función de las circunstancias políticas y económicas vigentes en cada momento histórico. Cambios de orientación que, necesariamente, influyen en la política adoptada frente a las distintas conductas empresariales. Este capítulo funciona, por tanto, como una especie de armazón que nos permite adentrarnos en el estudio de una figura empresarial concreta –la

vinculación-, teniendo presente los pilares o soportes que, en cada momento, sustentan o respaldan la política adoptada frente a las mismas.

En esta parte del trabajo se incluye igualmente un repaso somero de determinados conceptos microeconómicos básicos cuyo conocimiento resulta imprescindible para entender los términos en los que, actualmente, se desenvuelve el debate sobre las repercusiones competitivas de las prácticas empresariales. La conexión entre Economía y Derecho, constante en el campo del Derecho Mercantil, al proyectarse éste sobre una realidad de naturaleza económica como es el mercado, es especialmente estrecha en el caso del Derecho de la libre competencia. Este sector del ordenamiento jurídico recurre continuamente a la importación de conceptos económicos como poder de mercado, competencia perfecta o imperfecta, economías de escala, barreras de entrada, etc. Los instrumentos analíticos de la teoría económica han adquirido además un protagonismo creciente en los últimos años, a medida que ha ido aumentando el interés sobre las posibles repercusiones económicas, en términos de eficiencia en la asignación de los recursos, eficiencia en la producción o desarrollo de la innovación y progreso tecnológico (eficiencia dinámica), de la normas reguladoras del desarrollo del proceso competitivo en los mercados.

La segunda parte, estructurada en cuatro capítulos, constituye el verdadero núcleo de este trabajo, estando dedicada en su integridad al examen de los contratos vinculados o *tying agreements*.

Antes de entrar a ponderar las eventuales repercusiones competitivas de una conducta empresarial concreta, es preciso definir ésta, identificando los elementos que la estructuran y permiten distinguirla de figuras afines. Los contratos vinculados o, más exactamente, las prácticas de vinculación, pueden ser definidos como acuerdos por los que se condiciona la venta de un producto determinado a la adquisición necesaria por parte del comprador de un segundo producto. Esta primera aproximación permite identificar dos elementos básicos en toda conducta de vinculación: existencia de, al menos, dos productos diversos y de un especial lazo de

unión entre ellos. Elementos estructurales o sustantivos cuyo análisis constituye el objeto del capítulo II.

El capítulo III ofrece una evolución de la política antimonopolio en materia de vinculación, tanto en EE.UU. como en la Comunidad Europea y una valoración de las distintas etapas que conforman ésta en cada uno de los sistemas. Como tendremos ocasión de examinar con detenimiento, una nota común a ambos es la progresiva apertura –principalmente en el ámbito estadounidense- desde posiciones iniciales abiertamente hostiles a posturas más tolerantes que, o bien, en sus manifestaciones más extremas, rechazan la aplicabilidad de la normativa *antitrust* a estas conductas o, desde una perspectiva más conciliadora, defienden su ambigüedad competitiva y la necesidad de ponderar eventuales efectos anti y procompetitivos en el marco de un análisis individualizado.

Finalmente, los dos últimos capítulos se dedican a la valoración de la incidencia competitiva de los contratos vinculados, entendida ésta en un sentido amplio que engloba tanto los efectos restrictivos de la competencia como los eventuales beneficios procompetitivos que puedan derivarse de la conducta.

*PRIMERA PARTE: OBJETIVOS GENERALES DEL DERECHO
DE LA LIBRE COMPETENCIA*

CAPÍTULO I.- LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

“Es necesario elegir entre tres males posibles: el monopolio privado no regulado, el monopolio regulado por el Estado y el monopolio de Estado”

MILTON FRIEDMAN¹

I. PANÓRAMICA DEL DEBATE ACTUAL SOBRE LOS OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pocas ramas del ordenamiento jurídico han sido víctimas desde su nacimiento de tan enconados ataques o exaltadas defensas como el Derecho de la libre competencia, pocos sectores se han visto sometidos a tantas discusiones –doctrinales y jurisprudenciales– sobre su funcionalidad y objetivos. El Derecho de la libre competencia no ha tenido una existencia pacífica, como pone de relieve el análisis de dos de los principales sistemas normativos de tutela de la libertad concurrencial en el mercado: la normativa comunitaria europea y el Derecho *antitrust* estadounidense. Más de un siglo de experiencia americana² y de cincuenta años de europea³

¹ Citado por SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, Madrid, 1999, p. 188.

² En 1890 se publica la *Sherman Act*, que prohíbe en su sección 1 los acuerdos o conspiraciones entre empresas restrictivos del comercio y en su sección 2, los monopolios y los intentos de monopolización de los mercados. A esta primera norma seguirán otras que irán dotando de cuerpo al sistema legislativo estadounidense de protección de la libre competencia, así, en 1914 se publican la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*. La primera declaró la ilegalidad de una serie de prácticas empresariales, como los contratos vinculados, la discriminación de precios, los consejos de administración imbricados y las fusiones en los casos en que las mismas pudieran dar lugar a reducciones considerables de la competencia. La *FTC Act* crea la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) a la que se encomienda la represión de los métodos anticompetitivos injustos y se le otorgan competencias en materia de fusiones anticompetitivas. En 1936 se publica la *Robinson Patman Act*, cuyo artículo 1 prohíbe que un vendedor establezca, directa o indirectamente, discriminaciones en la venta de mercancías de igual calidad siempre que el efecto de tales discriminaciones pueda traducirse en una disminución de la competencia o en la creación de un monopolio. Finalmente, en 1950 se aprueba la *Celler Kefauver Act*, que amplía el ámbito de aplicación de la sección 7 de la *Clayton Act*, referida al control de las operaciones de concentración entre empresas.

³ El cuerpo normativo comunitario de tutela de la libre competencia se contiene en normas de Derecho originario y en normas de Derecho derivado o secundario. Así,

muestran la maleabilidad que ha caracterizado al Derecho de la competencia y los vaivenes que han sacudido su formulación y aplicación.

El Derecho de la competencia ha sido acusado de impedir o dificultar lo que precisamente quería potenciar: el funcionamiento eficiente de los mercados. En él se ha confiado para asegurar la sumisión del poder económico privado al interés general. Ha sido visto como garante del correcto desenvolvimiento de la democracia política, como freno para el desarrollo de las economías nacionales y, a su vez, como motor fundamental de las mismas, como instrumento protector de la pequeña y mediana empresa, como promotor de la justicia distributiva⁴ y, en el caso europeo, como pieza fundamental en el proceso de integración europea y consolidación del mercado único⁵. Sus funciones y objetivos se han visto continuamente ampliados y recortados, de la salvaguarda de una pluralidad de valores, tanto económicos como políticos y sociales –e incluso morales⁶–a

tanto en el Tratado de la (hoy extinguida) CECA se contenían provisiones sobre la valoración de la competitividad de determinadas prácticas empresariales llevadas a cabo en los mercados del carbón y del acero, como en el Tratado de la CE, el cual prohíbe en su artículo 81 (antiguo artículo 85, reenumerado tras el Tratado de Ámsterdam) las prácticas o acuerdos colusorios entre empresas, en su artículo 82 (antiguo artículo 86) que sanciona los abusos de posición dominante, y en los artículos 86 y ss. (antiguo artículo 90 y ss.), en los que se establece un régimen de control de las ayudas públicas a empresas. Este cuerpo básico es desarrollado y completado por normas de Derecho derivado, entre las que podemos destacar: Reglamento (CE) n°1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado) que sustituye, desde el 1 de mayo de 2004, al Reglamento n° 17/62: Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado; Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas que deroga al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 y los distintos reglamentos de exención por categorías de determinados acuerdos empresariales.

⁴ El profesor LANDE insistirá en diversos artículos en que el fundamento de la normativa *antitrust* es, principalmente, evitar las transferencias de bienestar de los consumidores a los productores. Vid. LANDE: “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged”, 34, Hastings L.J., 1982, pp. 67 y ss.; IDEM: “Chicago’s false foundations: wealth transfers (not just efficiency) should guide antitrust”, 58, ALJ, 1989, pp. 631 y ss.

⁵ Sobre el papel del Derecho de la competencia en el proceso integrador de los mercados europeos, vid. *infra*, II.3.

⁶ A la competencia, aparte de sus efectos económicos, también se le ha atribuido en ocasiones, un valor disciplinario del carácter. El reconocimiento de la libre empresa, y subsiguientemente, de la libre competencia, supone el amparo jurídico y el fomento de determinados valores morales, como la iniciativa, trabajo, disciplina, etc. Valores especialmente importantes y presentes en el trasfondo económico del

un constreñimiento a la mera promoción de la eficiencia económica. Incluso las voces más extremas le han tachado de innecesario, negándole la propia legitimidad de su existencia⁷.

Diversos factores, de la más variada naturaleza, explican el continuo cuestionamiento del alcance y finalidad del Derecho de la libre competencia. La íntima conexión de este sector del ordenamiento con el modelo de organización económica de libre mercado, determina que los embates que éste sufre repercutan a su vez en aquél. Épocas de confianza en la capacidad autocorrectora del mercado de sus propios fallos e imperfecciones suelen ir acompañadas de un relajamiento en la aplicación de la normativa sobre libre competencia y, por el contrario, un mayor recelo de las posibilidades de autocuración o saneamiento del mercado demanda una intervención pública, -a través de estas normas de vigilancia de la actuación de los operadores económicos- más incisiva. El desarrollo de nuevas teorías económicas, la constatación de imperfecciones o flecos en postulados económicos anteriores influyen en la valoración de los efectos sobre el orden concurrencial de las distintas actuaciones empresariales⁸. El

pensamiento protestante. Vid. HOFSTADTER: "What happened to the antitrust movement?", en *The Paranoid Style in American Politics and other Essays*, 1965, artículo reproducido en AA.VV.: *The Political Economy of the Sherman Act. The First One Hundred Years*, Nueva York, 1991. Sobre la influencia del pensamiento protestante en el surgimiento y consolidación del capitalismo, vid. WEBER: *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1987.

⁷ Vid. *ad.ex.* ARMENTANO: "Time to repeal antitrust regulation?", 35, *Ant.Bull.*, 1990, pp.311 y ss.; IDEM: *Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure*, Nueva York, 1982.

⁸ La evolución del Derecho de la competencia ha corrido pareja a la evolución del pensamiento económico, la sucesión de distintas escuelas ha informado la política *antitrust* respecto de las diversas prácticas empresariales. Así, por ejemplo, durante los años cuarenta y cincuenta, la política *antitrust* en EE.UU. estuvo fuertemente influenciada por planteamientos económicos de naturaleza estructuralista. La escuela de organización industrial llevaba a cabo un análisis centrado preferentemente en el tamaño y la forma de las empresas en mercados sectoriales. A partir de los años sesenta la teoría neoclásica de los precios empezará a adquirir un papel preponderante en el análisis de los ilícitos competitivos. Escuela de pensamiento que se centra principalmente en la relación existente entre precios y costes y se sirve de modelos teóricos y generales para predecir los eventuales resultados de una práctica empresarial en los niveles de producción y precios de los bienes en el mercado. Modelos de análisis económico más recientes, como la teoría de los juegos, el análisis del comportamiento estratégico de las empresas, etc. están empezando a influir en la política *antitrust*, corrigiendo -o matizando- determinadas afirmaciones a las que se había llegado en aplicación de las teorías neoclásicas y sus derivadas. Vid. VICKERS: "Competition Economics and Policy", 3, *ECLR*, 2003,

proceso de globalización, con la consiguiente apertura de mercados cada vez más amplios, ha suscitado un debate sobre la necesidad de replanteamiento o revisión de políticas *antitrust* tradicionales⁹. El desarrollo arrollador de nuevas tecnologías también ha puesto en tela de juicio la aplicabilidad de los parámetros usuales de valoración de la anticompetitividad de las conductas empresariales en los sectores del mercado relacionados con las mismas¹⁰.

pp.95 y ss.; KOVACIC: "The influence of economics on Antitrust Law", 2, Econ. Inq., 2002, pp. 294 y ss.

⁹ Los partidarios de una aplicación menos rigurosa de la normativa antimonopolio y de la defensa de un mayor reconocimiento y confianza en la autonomía empresarial, utilizan, entre otros argumentos, el carácter perjudicial de la intervención gubernamental a través de estas normas en el contexto de la competencia internacional. Acusan al Derecho *antitrust* de restar competitividad a las empresas nacionales, colocándolas en una situación desventajosa frente a sus competidores en la lucha por los mercados globales. (Vid. *ad.ex.* las declaraciones del Consejero General de la empresa United Technologies (UTC), recogidas por FOX en "The modernization of antitrust: a new equilibrium", 66, Cornell Law Review, 1981, pp. 1171, nota 121: "las leyes *antitrust* no deberían interferir con la adquisición de poder de mercado por parte de una empresa americana, si ese poder me permite hacer frente a la rivalidad proveniente de mi mayor competidor en los mercados internacionales"). En Europa, por ejemplo, el deseo de fomentar la competitividad de la industria europea fue una de las razones que explican la ausencia en el tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de un sistema de control de las operaciones de concentración entre empresas (vid. *infra*, II.3.).

¹⁰ Recientemente, se ha abierto un debate sobre la operatividad de los parámetros tradicionales de valoración del ilícito competitivo en este nuevo entorno económico caracterizado por sectores como el software informático, Internet, la telefonía móvil, la biotecnología, etc. Sectores fundamentados básicamente en la creación industrial e intelectual y sometidos a una serie de externalidades (efecto de red, estándares industriales, vertiginoso cambio tecnológico, etc.). Así, por ejemplo, se ha cuestionado que los criterios habituales de apreciación de la existencia de poder de mercado sean apropiados en estas industrias, de carácter muy dinámico, y en las que, como consecuencia de la presencia de efectos de red, la competencia no se enfoca tanto como lucha "en" el mercado, sino como lucha "por" el mercado. Vid. SUMMERS: "Competition Policy in the New Economy", 69, ALJ, 2001, pp. 353 y ss.; LIND/MUYSERT: "Innovation and Competition Policy: Challenges for the New Millenium", 2, ECLR, 2003, pp. 87 y ss.; DIÉZ ESTELLA: "Los objetivos del Derecho antitrust", GJC, n° 224, 2003, pp. 32 y ss., quien recoge la postura al respecto de los miembros del *Competitive Enterprise Institute*: "La nueva economía se diferencia de la antigua en la mayor rapidez con la que atrae al mercado nuevas tecnologías, y en su infinitamente mayor capacidad para concitar competidores de todo el mundo. Estas diferencias hacen que el Derecho *antitrust* sea aún menos necesario"; GORDON: *Antitrust Abuse in the New Economy. The Microsoft case*, Cheltenham, Reino Unido, 2002; RUBINFELD/HOVEN: "Innovation and Antitrust Enforcement" en AA.VV: *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation, and Antitrust Issues*, ed. ELLIG, New York:-Cambridge, 2001, pp. 65 y ss.; EVANS: "Antitrust and the New Economy", ALI-ABA Course of Study, *Antitrust Law in the 21st Century*, September 14-15, 2000, New York.

En conclusión, el Derecho de la libre competencia –como por otra parte, cualquier otra rama del ordenamiento jurídico- no existe en el vacío. Es expresión de los valores e intereses de la sociedad y, por tanto, su contenido y alcance dependen de los cambios que éstos vayan experimentando a lo largo del tiempo, lo que justifica su carácter dinámico y el casi continuo replanteamiento de su funcionalidad¹¹.

El debate sobre los valores que a las normas de la libre competencia compete tutelar y promover continúa¹². Si bien éste se manifiesta con

¹¹ Consideramos de aplicación al Derecho de la libre competencia, las reflexiones más generales del profesor DUQUE sobre el Derecho mercantil: “El Derecho mercantil ha sido el ámbito en el que, históricamente, se han expresado las distintas políticas económicas del poder público. No puede definirse, ciertamente, el Derecho Mercantil como el Derecho de una política económica –mercantilista, liberal, intervencionista-. Ha sido y será en cada etapa histórica, el Derecho de la política que se estima más congruente con la justicia económica o el que –al margen de las ideas de justicia- logra imponer –al menos transitoriamente- la clase de los directamente afectados por ella –es decir, por los empresarios”. Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ: “Constitución económica y Derecho mercantil” en AA.VV.: *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, pp. 81-82.

¹² La discusión sobre los objetivos del Derecho de la competencia constituye el foco de numerosos debates (Vid. *ad.ex.* las opiniones y reflexiones de distintos profesionales y autoridades en el mundo de la competencia, expuestas durante las jornadas anuales sobre competencia del Instituto di Diritto Europeo de Florencia de 1997 y recogidas en la obra, EHLERMANN/LAUDATI (editores): *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, Oxford, 1998) y ha dado lugar a una ingente literatura doctrinal. Vid. *ad.ex.*: BLAKE/JONES: “In defense of antitrust”, 65, *Col.L.Rev.*, 1965, pp. 377 y ss.; IDEM: “Toward a three dimensional antitrust policy”, 65, *Col.L.Rev.*, 1965, pp. 433 y ss.; BORK/BOWMAN: “The crisis in antitrust”, 65, *Col.L.Rev.*, 1965, pp. 363 y ss.; BORK: “Contrasts in Antitrust Theory: I”, *Col.Law Rev.*, 1965, pp. 401 y ss.; IDEM: “Legislative Intent and the policy of the Sherman Act”, 9, *Journal of Law and Economics*, 1966, pp. 7 y ss.; COLLINS: “Efficiency and Equity in Vertical Competition Law: balancing the tensions in the EEC and the United States”, *Antitrust and Trade Policy of the European Community, Ford.Corp.L.Inst.*, 1983, pp. 501 y ss.; DEWEY: “The economic theory of antitrust: science or religion?”, 50, *Virginia Law Review*, 1964, pp. 413 y ss.; DIÉZ ESTELLA: “Los objetivos del Derecho antitrust”, *cit.*, pp. 32 y ss.; ELZINGA: “The goals of antitrust: other than competition and efficiency, what else counts?”, *U.P.A.L.R.*, 1977, pp. 1191 y ss.; FIKENTSCHER: “Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)”, *RDM*, n° 172-173, 1984, pp. 486 y ss.; FLYNN: “Antitrust jurisprudence: a symposium on the economic, political and social goals of antitrust policy. Introduction”, *U. Pens. L.Rev.*, 1977, pp. 1182 y ss.; IDEM: “Legal reasoning, antitrust policy and social “science” of Economics”, 62, *Ant. Bull.*, 1988, pp. 713 y ss.; IDEM: “Reaganomics and antitrust enforcement: a jurisprudential critique”, *Utah Law Review*, 1983, pp. 269 y ss.; IDEM: “Rethinking Sherman Act Section 1 analysis: three proposals for reducing the chaos”, 49, *ALJ*, 1980, pp. 1593 y ss.; IDEM: “The Reagan administration’s antitrust policy: “original intent” and the legislative history of the Sherman Act”, 33, *Ant. Bull.* 1988, pp. 259 y ss.; FOX: “The modernization of antitrust: a new equilibrium”, 66, *Cornell Law Review*, 1981, pp. 1140 y ss.; IDEM: “The New American Competition Policy –From

especial intensidad en su tierra de origen, el Derecho europeo no es ajeno al mismo¹³. Uno de los principales puntos de división y enfrentamiento de los estudiosos de esta disciplina, es el que confronta a los defensores de una misión puramente económica del Derecho de la competencia con aquéllos que le atribuyen una funcionalidad más amplia, y que ven en el mismo el cauce positivizado para la promoción de valores distintos de los puramente económicos. Así mismo, también existen discrepancias en la determinación del modelo económico más adecuado con arreglo al cual valorar la incidencia de una determinada práctica empresarial en el objetivo de consecución de la eficiencia económica.

Ese enfrentamiento tiene sus primeras manifestaciones en EE.UU. Hasta mediados de los años setenta, la aplicación jurisprudencial del Derecho *antitrust* se caracterizó por su enfoque pluralista y por la defensa de una variedad de objetivos, tanto económicos como político-jurídicos y sociales. Junto a la eficiencia económica, los tribunales, y principalmente el Tribunal Supremo¹⁴, ponderaban otros intereses igual –o incluso mayormente- dignos de protección, como la igualdad de oportunidades de

Anti-trust to Pro-Efficiency”, *ECLR*, 1981, pp. 439 y ss.; IDEM: “The politics of Law and Economics in Judicial Decision making: Antitrust as a window”, 61, *NYULR*, 1986, pp. 554 y ss.; IDEM: “We protect Competition, You protect Competitors”, 26, *World Competition*, 2003, pp. 149 y ss.; IDEM: “What is harm to competition? Exclusionary Practices and anticompetitive effects”, 70, *ALJ*, 2002, pp. 370 y ss.; FOX/SULLIVAN: “Antitrust –Retrospective and Prospective: where are we coming from?, where are we going?”, 62, *NYULR*, 1987, pp. 936 y ss.; HOVENKAMP: “Rhetoric and skepticism in antitrust argument”, *Michigan Law Review*, 1986, pp. 1721 y ss.; IDEM: “The Sherman Act and the Classical Theory of Competition”, 74, *Iowa Law Review*, 1989.; KAUPER: “The Warren Court and the antitrust laws: of economics, populism and cynism”, 67, *Michigan Law Review*, 1968, pp. 329 y ss.; LANDE: “Chicago’s false foundations: wealth transfers (not just efficiency) should guide antitrust laws”, *cit.*, pp. 631 y ss.; IDEM: “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged”, *cit.*, pp. 67 y ss.; PITOFISKY: “The political content of antitrust”, 127, *U.P.A.L.R.*, 1979, pp. 1051 y ss.; SCHWARTZ: “Justice and other non-economic goals of antitrust”, 127, *U.P.A.L.R.*, 1979, pp. 1076 y ss.; SPIVACK: “The Chicago School approach to single firm exercises of monopoly power: a response”, 52, *ALJ*, 1983, pp. 651 y ss.; VAN CISE: “Antitrust past-present-future”, *Ant. Bull.*, 1991, pp. 985 y ss.

¹³ Sobre la discusión de los objetivos e intereses vinculados al Derecho de la competencia comunitario, vid. *infra*, II.B.1.1.2; II.B.2.2.2; II.B.3.

¹⁴ La orientación del Tribunal Supremo, durante la presidencia de Earl Warren (1953 a 1969) se caracterizó por un talante liberal progresista, que se manifestó no sólo en el terreno de la intervención pública en la economía, sino también en la existencia de una preocupación enérgica por los derechos civiles y las libertades individuales lo que colocó al tribunal en un lugar prominente en el proceso de reforma social.

todos los sujetos para competir en el mercado¹⁵, la autonomía empresarial¹⁶ e incluso la descentralización del poder económico mediante la atomización de los mercados¹⁷. Cada uno de estos objetivos era considerado como un fin en sí mismo y la competencia como capaz de promover o activar todos ellos¹⁸.

Paralelamente, comenzaba a desarrollarse en los círculos académicos una corriente de pensamiento revisionista de este carácter multifuncional del Derecho de la libre competencia, al que acusaba de populista¹⁹ e ineficiente y que postula como único objetivo de la regulación jurídica de la competencia en el mercado la consecución y promoción de la eficiencia económica. Esta escuela, generalmente conocida como Escuela de Chicago²⁰, refleja y dota de cobertura intelectual desde el punto de vista

¹⁵ Vid. *ad.ex. Fortner Enterprises Inc. V. United States Steel Corp.* (394 U.S. 495 (1969); *United States v. Von's Grocery Co.*, 348 U.S. 270 (1966); *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945).

¹⁶ Vid. *ad.ex. Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959); *Dr.Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911); *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U.S. 13, 17 (1964).

¹⁷ Vid., *ad.ex. Brown Shoe Co. v. United States*, 370, U.S. 294,344 (1962).

¹⁸ Vid. SULLIVAN: "Antitrust, Microeconomics and Politics: Reflections on some recent relationships", 68, *Cal.L.Rev.*, 1980, pp.1 y ss.

¹⁹ Un populista era históricamente, un miembro del Partido del Pueblo (*People's Party*). Éste se originó formalmente en 1892, en una reunión integrada por representantes de los granjeros, por delegados de los Caballeros del Trabajo y por otros grupos reformistas. Su programa defendía, entre otras cosas, la acuñación libre e ilimitada de plata (se buscaba un aumento del dinero en circulación, una política inflacionista destinada a subir los precios de los productos agrícolas), la propiedad pública de los ferrocarriles, telégrafos y teléfonos, un impuesto sobre la renta proporcional y el establecimiento de límites en la propiedad de la tierra. Los populistas desconfiaban de las élites grandes y poderosas, tanto de las grandes empresas como de los gobiernos fuertes. En concreto, pretendían disminuir la influencia política de las grandes empresas, defendiendo el voto secreto, el derecho de una asamblea a introducir propuestas legislativas, el plebiscito y la facultad de anular decisiones por votación popular así como la elección directa de los senadores. Vid. JONES: *Historia de los Estados Unidos: 1617-1992*, Madrid, 1996, pp.335 y ss. El término populista es usado hoy, generalmente en sentido peyorativo, para referirse a las posturas defensoras de la desconcentración del poder económico privado y favorables a la atomización de las grandes empresas. Vid. FOX: "The Modernization of Antitrust Law", *cit.*, pp. 1143.

²⁰ La Escuela de Chicago agrupa a un serie de monetaristas y economistas liberales, recibiendo su nombre de la universidad, donde la mayoría de sus fundadores y adherentes realizaron sus trabajos. Entre sus principales miembros

económico, al sentir, que comenzaba a generalizarse en EE.UU., en los años ochenta, de desconfianza hacia la intervención del sector público en la economía²¹. Partiendo de la confianza en el poder autocorrector del mercado y utilizando como instrumento analítico las tesis neoclásicas de Alfred Marshall sobre los precios, los miembros de la Escuela de Chicago someterán a revisión, no sólo el Derecho de la competencia, sino en general, todo el Derecho privado, especialmente en lo referente a la responsabilidad extracontractual, alcanzando incluso, en sus posiciones más ambiciosas, a determinadas ramas del Derecho público, como el Derecho penal²². Sus miembros defienden que todo el ordenamiento jurídico ha de encauzarse a la promoción y realización de la eficiencia económica, definida ésta como la explotación de los recursos económicos de tal forma que el valor – satisfacción social-, medido como la voluntad agregada de los consumidores de pagar por los bienes y servicios, sea maximizado.

Por lo que al Derecho de la competencia se refiere, existía un sentimiento de rechazo frente a lo que se consideraba había sido una aplicación excesiva de la normativa *antitrust* que había degenerado en la prohibición de prácticas eficientes y, por tanto, en una lesión a los intereses de los consumidores y de la economía estadounidense en general²³. Frente al poco éxito que cabría augurar de un intento de derogación de la normativa *antitrust*, la solución adoptada fue la defensa de una

se encuentran: Milton Friedman, Aaron Director, Richard Posner, Frank Easterbrook, Robert Bork, Ward Bowman, Harold Demsetz.

²¹ La estabilización de las tasas de crecimiento económico y el estancamiento de las rentas de la clase media, alrededor de 1980, aumentó el escepticismo sobre la intervención del Estado en la economía. El aumento vertiginoso de la inflación, el descenso en la productividad, una balanza de pagos cada vez más negativa, consecuencia en parte de la adquisición de petróleo a los países de la OPEP y el avance espectacular de las empresas alemanas y japonesas, recuperadas de su situación tras la II Guerra Mundial, en los mercados mundiales, constituyó el caldo de cultivo de un movimiento nacional cada vez más preocupado por la eficiencia productiva. Vid. FOX: “The Modernization of Antitrust”, *cit.*, p. 1143; IDEM: “The New American Competition Policy –From Antitrust to Pro-Efficiency”, *cit.*, p.442.

²² Vid. POSNER: *Economic Analysis of Law*, Boston, 1977. DENOZZA (“Chicago, l’efficienza e il diritto antitrust”, *Giurisp. Comm.* XV, 1988) recalca este carácter omnicompreensivo de los postulados efficientistas de la Escuela de Chicago.

²³ Vid. BORK/BOWMAN: “The crisis in antitrust”, *cit.*, pp. 363 y ss.; EASTERBROOK: “Is there a Ratchet in Antitrust Law?”, 60, *Texas Law Review*, 1982, pp. 705 y ss.; IDEM: “Workable antitrust policy”, 84, *Michigan Law Review*, 1986, pp. 1969 y ss.

interpretación y configuración estricta de la política en materia de competencia articulada en torno al objetivo de protección del bienestar del consumidor²⁴. Los miembros de la Escuela de Chicago defienden que el único objetivo de la normativa *antitrust* es la consecución de la eficiencia en la asignación de los recursos escasos²⁵, denunciando los enfoques pluralistas que habían conformado la política *antitrust* anterior, como imprecisos, vagos, sentimentales y generadores de una gran inseguridad jurídica en la valoración de los ilícitos competitivos²⁶. Frente a esta situación, se ofrece un modelo cierto y neutral de valoración de la eficiencia económica, el modelo neoclásico de eficiencia, y se afirmará además que la opción por este modelo como guía exclusiva del Derecho *antitrust* es apolítica.

Como la ley había sido mal utilizada de forma que habían sido injustamente atacadas por ella prácticas eficientes, habría que tener buen cuidado en que esto no volviera a repetirse. El Derecho *antitrust* debería abstenerse de intervenir a menos que una determinada conducta fuera ineficiente²⁷. Ineficiencia entendida desde el punto de vista de la asignación

²⁴ “El bienestar del consumidor era una píldora más dulce que un ataque directo a la normativa antimonopolio”, FOX: “What is harm to competition?..”, *cit.*, p.379.

²⁵ “Todo el papel del Derecho *antitrust* puede condensarse en el objetivo de mejorar la eficiencia en la asignación de los recursos sin impedir la eficiencia productiva de tal forma que no se produzca ganancia o bien se produzca una pérdida neta en el bienestar del consumidor. Esta labor ha de venir guiada por el análisis económico, ya que, de otra forma, la ley actúa a ciegas sobre fuerzas que no entiende y produce resultados no deseados”. BORK: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, New York, 1993, p. 90.

²⁶ “Hace quince años, el problema de qué objetivos debería perseguir el Derecho antimonopolio y, por tanto, qué factores deberían ser considerados por los jueces y tribunales en su aplicación, no había sido analizado de forma sistemática. Las respuestas dadas por los jueces y la doctrina eran poco más que slogans, con mayor o menor atractivo, dependiendo del gusto por el populismo y la retórica”, BORK: *The Antitrust Paradox*, *cit.*, p.426.; “Uno puede empezar a sospechar que el Derecho *antitrust* no es tanto una ciencia como una elaborada mitología, que ha operado durante muchos años sobre la base de rumores y leyendas más que sobre la base de hechos reales” BORK/BOWMAN: “The crisis in antitrust”, *cit.*, p. 367; BORK: “The role of the courts in applying economics”, ALJ, 1985, pp. 24 y ss.

²⁷La postura de la Escuela de Chicago con respecto a la intervención estatal en el mercado para proteger la competencia está hondamente influida por las premisas ideológicas de Ronald COASE (“The Problems of Social Costs”; 3 J.L.& Econ., 1960, pp. 1 y ss.), con arreglo a las cuales, se presume que el gobierno actúa de forma ineficiente. Por tanto, para determinar cuándo es apropiada la intervención

de recursos, utilizándose como criterio para su medición la restricción artificial de la producción en mercados dados. Así, para que una determinada conducta empresarial sea considerada ineficiente ha de conferir a la empresa poder de mercado que será usado para limitar la producción de un bien o servicio; sólo será ineficiente, por tanto, si conduce a una restricción de la producción en el mercado relevante.

Los miembros de la Escuela de Chicago, a diferencia de los teóricos de la organización industrial, tradicionalmente adscritos a la Escuela de Harvard²⁸, recurren a modelos de análisis abstractos y generales, basándose en determinadas presunciones sobre el funcionamiento de los mercados. Se parte de la conducta racional de las empresas, guiada por el único objetivo de la maximización de beneficios. Se defiende que la mayoría de los mercados, incluso altamente concentrados, son competitivos. El poder de mercado no existe o, de existir, es transitorio y perecedero. Cuando existe suele deberse a barreras artificiales de entrada o intervenciones del Estado que en vez de mejorar la competencia²⁹, resultan desastrosas para ésta y para la propia eficiencia del sistema económico. El poder de mercado es transitorio porque las empresas siguen un comportamiento competitivo o, de no hacerlo, generarán abultados beneficios que atraen a otras empresas, cuya entrada provoca la transformación de un monopolio en un oligopolio y de éste en una estructura competitiva³⁰.

gubernamental en el sistema económico, no basta con demostrar que, sin la misma, el mercado operaría de forma ineficiente. Como el gobierno también opera ineficientemente, es necesario comparar el funcionamiento actual de los mercados y de los gobiernos en el marco concreto y probar que la intervención pública sería una solución más adecuada que dejar la curación del mercado a sus propias fuerzas. Vid., FLYNN: "Reaganomics and Antitrust Enforcement: A Jurisprudential Critique", *cit.*, pp. 276.

²⁸ Vid. para una contraposición entre ambas escuelas de pensamiento, POSNER: "The Chicago School of Antitrust Analysis", 127, U.P.A.L.R., 1979, pp. 925 y ss.

²⁹ Los miembros de la Escuela de Chicago relativizarán la importancia de las barreras de entrada o salida en los mercados. Consideran que las barreras naturales son más imaginarias que reales y que los principales obstáculos para la entrada de nuevas empresas en los mercados se deben fundamentalmente a la erección de barreras artificiales por parte de las autoridades gubernamentales. Vid. POSNER: "The Chicago School of Antitrust Analysis", *cit.*, pp. 925 y ss.

³⁰ Para un desarrollo de los principales pilares de las tesis de la Escuela de Chicago, vid. DIRECTOR/LEVI: "Law and the future: Trade regulation", 51,

En resumen, la Escuela de Chicago define la competencia en términos de eficiencia. Ésta es definida como la ausencia de ineficiencia y la ineficiencia equiparada con las restricciones artificiales de la producción. Por tanto, cualquier práctica empresarial de la que no pueda probarse con certeza que limita la producción, ha de presumirse eficiente y, por tanto, procompetitiva. Esto unido a las presunciones sobre el funcionamiento de los mercados, permite concluir que prácticamente la mayoría de las conductas empresariales son eficientes.

La mayor implicación de esta escuela de pensamiento, es la práctica relegación de la intervención *antitrust* en el mercado a la prohibición de determinados prácticas colusorias horizontales- como los cárteles³¹ o de concentraciones entre competidores que puedan dar lugar a la monopolización de mercados³². Cualquier otra conducta o situación estructural debe presumirse eficiente o sujeta a la capacidad autocorrectora del mercado³³.

Northwestern University Law Review, 1956, pp. 281 y ss.; POSNER: "The Chicago School of Antitrust Analysis", *cit.*; IDEM: *Antitrust Law*, Chicago, 1976 y Chicago, 2001; IDEM: *Antitrust. Cases. Economic Notes and other material*, St.Paul, Minn. 1974; HOVENKAMP: "Antitrust policy after Chicago", *Michigan Law Review*, 1985, pp. 213 y ss.; BORK: *The Antitrust Paradox*, *cit.*; IDEM: "Legislative Intent and the policy of the Sherman Act", *cit.*, 1966, pp. 7 y ss.; DENOZZA: "Chicago, l' efficienza e il diritto antitrust", *Giurisp. Comm.* XV, 1988; EASTERBROOK: "The limits of antitrust", 63, *Texas Law Review*, 1984, pp. 1 y ss.

³¹ Dentro de la Escuela de Chicago existen posiciones más extremas, que rechazan, incluso, esta posibilidad de intervención alegando, bien que los cárteles son autodestructivos (Vid. ARMENTANO: "Time to repeal antitrust regulation?", *cit.*, pp.326. "No es necesario el Derecho *antitrust* para eliminar acuerdos ineficientes ya que éstos tienden a disolverse naturalmente" "Principalmente son razones de carácter táctico, -evitar un rechazo absoluto de toda la normativa *antitrust*-las que explican que los miembros de la Escuela de Chicago condenen los acuerdos interempresariales de fijación de precios"; POSNER: "The Chicago School of Antitrust Analysis", *cit.*, p. 934) o bien, defendiendo la importancia de la colaboración entre competidores como instrumento de mantenimiento de una economía sana y productiva (ARMENTANO: "Time to repeal antitrust regulation?", *cit.* p.327). Recogen las distintas posiciones existentes dentro de los autores formalmente adscritos a la Escuela de Chicago, FOX: "What is Harm to Competition?...", *cit.*, p.376; DENOZZA: "Chicago, l' efficienza e il diritto antitrust", *cit.*, p. 15, nota 32.

³² Vid. EASTERBROOK: "Workable antitrust policy", *cit.*, p. 1701; DEMSETZ: *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Madrid, 1986, pp. 55 y ss.

³³ Vid. en este sentido, SPIVACK ("The Chicago School Approach to Single Firm Exercises of Monopoly Power", *cit.*, p. 652), quién señala que una aplicación

La influencia de las tesis de la Escuela de Chicago sobre el Derecho de la competencia comienza a hacerse sentir en la práctica durante el gobierno de Ronald Reagan³⁴. La alteración de la composición del Tribunal

rigurosa de las teorías de Chicago llevaría a reducir las posibles conductas anticompetitivas a tres supuestos: acuerdos de reparto de mercados, cárteles de fijación de precios y concentraciones horizontales de proporciones monopolísticas.

³⁴ A finales de los años setenta empiezan a sucederse las críticas contra la intervención pública en el ámbito económico, no sólo la normativa *antitrust* sino también otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, en su ámbito contractual, serán acusados de impedir el desarrollo de la actividad empresarial y de dificultar el crecimiento y competitividad de la economía estadounidense. El mandato presidencial de Ronald Reagan (1980-1988) va a inaugurar una etapa de conservadurismo, orientada a minimizar la aplicación de las normas jurídicas a las empresas. Las intenciones del nuevo presidente de invertir el curso del activismo gubernamental que había venido formando parte de los programas políticos de los distintos candidatos, tanto republicanos como demócratas, desde la etapa del *New Deal* de Franklin D. Roosevelt, se pusieron claramente de manifiesto en su discurso de investidura, en él que declaró: “El gobierno no es la solución a nuestro problema, el gobierno es el problema”. La política económica desarrollada durante este periodo, popularmente conocida como “Reaganomics”, está hondamente influenciada por las posiciones de la Escuela de Chicago. Tanto la política monetaria, como la política fiscal y la política en materia de libre competencia parten de la confianza en el funcionamiento eficiente de los mercados y del recelo frente a intervenciones públicas en la economía que puedan alterar el libre juego equilibrador de las fuerzas de la oferta y la demanda. Por lo que a la primera se refiere, el gobierno Reagan defendió como solución frente a los problemas inflacionistas, la restricción de la oferta monetaria, atacando cualquier acción correctora del *Federal Reserve Board*. Asimismo se defendía la reducción de la carga fiscal como instrumento para potenciar la recuperación de la economía, al aumentar la capacidad de gasto de los ciudadanos consumidores. Por último, desde el punto de vista del Derecho de la libre competencia, las principales agencias administrativas encargadas de su aplicación, manifestaron expresamente su intención de aplicar en su labor, de forma exclusiva, el modelo económico neoclásico. Así, el Fiscal General William Baxter, encargado de la División Antitrust del Ministerio de Justicia manifestó en 1981 que: “Si bien no siempre, el tamaño corporativo será, por regla general, considerado un síntoma de eficiencia y éxito” y que “el único objetivo del Derecho *antitrust* es la eficiencia económica”, proposiciones reafirmadas por su sucesor en el cargo, Paul McGrath. En 1987, el Fiscal General, Charles Rule explicó el concepto de eficiencia que orientaría el desarrollo de la política *antitrust* del Ministerio de Justicia en los siguientes términos: “El bienestar del consumidor constituye el principio rector de la política *antitrust* de esta Administración. El objetivo de este estándar es la asignación eficiente de recursos y la maximización del bienestar de la sociedad, es decir, la maximización del excedente total. Como el Congreso prohibió la conducta económica que violara los criterios económicos, las leyes *antitrust* deberían ser construidas para prohibir todas aquellas prácticas empresariales que amenazaran los frutos económicos de la competencia, esto es, el bienestar del consumidor. La Escuela de Chicago de economía es la corriente principal”. Por su parte, las teorías de la Escuela de Chicago también empezaron a cuajar en la Federal Trade Commission, así su presidente, James Miller, declaró en 1984, que el objetivo eficientista seguido por la Comisión también habría de derivarse de las posiciones de la Escuela de Chicago. (Vid. FLYNN: “Antitrust law past-present-future, *Ant. Bull.*, 1991, pp. 994 y ss.) El profesor FLYNN observa que, mientras las políticas

Supremo, con la entrada de magistrados receptivos a estas nuevas teorías³⁵ y el nombramiento de técnicos en los órganos administrativos formados en esta corriente de pensamiento³⁶ van a originar un cambio de orientación en la interpretación y aplicación de la normativa *antitrust*. A partir de los años ochenta observamos una relajación en la persecución de determinadas prácticas empresariales. Preocupaciones tradicionales como el crecimiento de las grandes empresas y la concentración de poder económico pierden peso en la conformación de la política *antitrust*. Se adopta una actitud mucho más benévola frente a los acuerdos interempresariales susceptibles

monetaria y fiscal fueron, tras tres años de rigurosa aplicación, objeto de correcciones y modificaciones, en el caso de la política *antitrust*, no se alteró la adhesión gubernamental incondicional y exclusiva al modelo analítico neoclásico defendido por la Escuela de Chicago. Vid. FLYNN: “Reaganomics and Antitrust Enforcement: A Jurisprudencial Critique”, *cit.*, pp. 270 y ss.

³⁵ La incidencia de los pensamientos de la Escuela de Chicago será especialmente intensa en los tribunales inferiores, con la entrada en los mismos de los principales exponentes y defensores de estas teorías en los círculos académicos, así, el profesor Richard Posner, juez del Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito, el profesor Robert Bork, juez del Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia o el profesor Frank Easterbrook, que también desempeñó el cargo de juez del Tribunal Federal de Apelación de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito. Vid. FLYNN: “Reaganomics and Antitrust Enforcement: A Jurisprudencial Critique”, *cit.*, p.269; FOX: “The New American Competition Policy –From Antitrust to Pro-Efficiency”, *cit.*, pp. 439 y ss. La remodelación del Tribunal Supremo, a fin de dotarle de un talante más conservador fue más compleja. Pese al nombramiento de dos nuevos jueces conservadores, Antonin Scalia y Sandra Day O’Connor, y al ascenso del juez suplente William Rehnquist a la presidencia tras la jubilación de Warren Burger, el Tribunal seguía muy dividido ideológicamente. Los intentos del presidente de sustituir a Powell por un conservador devoto, chocaron con la resistencia del Senado que negó la aprobación a la candidatura de Robert Bork –juez de distrito federal-. Tras el derrumbe de la candidatura de su segundo candidato, Douglas Ginsburg (las orientaciones de Ginsburg, que trabajó como asistente del Fiscal General en la división antitrust del Ministerio de Justicia favorables a la eliminación de la normativa *antitrust* y defensoras del reconocimiento máximo de autonomía y libertad a las empresas se encuentran reflejadas en GINSBURG: “Rationalizing antitrust: a rejoinder to Profesor Armentano”, 35, *Ant.Bull.* 1990, pp. 329 y ss.), finalmente el Senado aprobó la designación de Anthony Kennedy, también de orientación conservadora. El presidente George Bush, sucesor de Reagan, nombró dos jueces conservadores más, lográndose así la conquista para los conservadores de la instancia suprema de poder judicial, lo que modelaría la orientación futura de la jurisprudencia. Vid. JONES: *Historia de Estados Unidos: 1607-1992*, *cit.*, pp. 552 y ss.

³⁶ Tanto el Ministerio de Justicia (DOJ) como la Comisión Federal de Comercio (FTC) acogieron estos nuevos planteamientos, en el primer caso con el nombramiento como Fiscal General, a la cabeza del Departamento *Antitrust*, de William Baxter y, en el segundo, con la designación como presidente de James Miller. Vid. manifestaciones de ambos respecto a la orientación que pretendían dar a sus respectivas agencias en la aplicación de la normativa *antitrust*, *supra*, nota 34.

de incrementar la producción, con independencia de su posible efecto sobre la estructura de los mercados y la exclusión de los mismos de otros empresarios competidores. Se autorizan sin objeciones las concentraciones conglomerales y la integración vertical y se sigue un tratamiento mucho más indulgente frente a las concentraciones horizontales. Se abandona la persecución de las prácticas de precios discriminatorios y se afirma la promoción de la eficiencia económica generalmente vinculada a los acuerdos verticales³⁷, es decir, a los acuerdos entre empresas operantes en distintas fases del proceso de producción y distribución de bienes y servicios.

Pese al paulatino y progresivo afianzamiento de estas nuevas lecturas del ilícito concurrencial, las posturas de la Escuela de Chicago no fueron acogidas unánimemente por la doctrina. Numerosas voces críticas van a alzarse contra estas posiciones, cuestionándolas desde una doble perspectiva³⁸. Desde un punto de vista externo o formal se critica tanto el acomodo de esta interpretación del Derecho de la competencia en clave exclusivamente económica con el sistema de valores consagrado por el legislador, como su viabilidad práctica con arreglo al marco institucional en el que ha de desenvolverse su aplicación³⁹. Desde un punto de vista interno,

³⁷ Vid. *Business Elects. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 1988.

³⁸ El profesor FLYNN citando a RODELL, pone de manifiesto, irónicamente, el ataque global al que se verán sometidas las teorías de la Escuela de Chicago. “La filosofía de la Escuela de Chicago presenta únicamente dos errores: uno es la forma, el otro es la sustancia”. Vid. FLYNN: “Reaganomics and Antitrust Enforcement”, *cit.*, pp. 270.

³⁹ Diversos autores criticarán esta visión “monoteísta” del Derecho de la competencia, al servicio de un único dios, identificado con la eficiencia económica. Se denunciará la inconsistencia de esta perspectiva, con el carácter plural que el legislador atribuyó a la normativa *antitrust*, a través del análisis de la historia legislativa de las principales normas *antitrust* y en conexión con el mismo, se reiterará la necesidad de sujeción de los jueces y tribunales a los principios y valores establecidos por el legislador (“las leyes no son cheques en blanco”). Vid. BAKER: “Recent Developments in Economics that challenge Chicago School Views”, 58, ALJ, 1989, pp. 645 y ss.; BOHLING: “A simplified rule of reason for vertical restraints”, 64, Iowa Law Review, 1979, pp. 461 y ss.; FLYNN: “The Reagan administration’s antitrust policy: “original intent” and the legislative history of the Sherman Act”, 33, Ant. Bull. 1988, pp. 259 y ss.; IDEM: “Reaganomics and antitrust enforcement: a jurisprudential critique”, Utah Law Review, 1983, pp. 269 y ss.; FOX: “The politics of Law and Economics in Judicial Decision making: Antitrust as a window”, 61, NYULR, 1986, pp. 554 y ss.; IDEM: “Consumers beware Chicago”, 84, Michigan Law Review, 1986, pp. 1714 y ss.; KAPLOW: “Antitrust, Law

se cuestiona la consistencia intrínseca de los presupuestos o fundamentos que conforman el contenido sustantivo de estas teorías⁴⁰.

Estas críticas no han podido evitar el afianzamiento progresivo de las tesis de la Escuela de Chicago en la práctica de los tribunales y de las agencias administrativas estadounidenses⁴¹. Actualmente, la restricción de

and Economics and the Courts”, 50, *Law & Contemp. Prob.*, 1987, pp. 181 y ss.; MILLON: “The Sherman Act and the Balance of Power”, 61, *S.Cal.L.Rev.*, 1988, pp. 1219 y ss.; HOVENKAMP: “Rhetoric and Skepticism in Antitrust Argument”, *Michigan Law Review*, 1986, pp.1271 y ss. En la valoración sobre la posibilidad de importación de estas teorías al ámbito jurídico español, vid. GONDRA ROMERO: ¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?, 226, *RDM*, 1997, pp. 1545 y ss.

⁴⁰ También la pretendida neutralidad política de los postulados defendidos por la Escuela de Chicago ha sido severamente atacada. Los tradicionalistas estiman que el acento exclusivo de la Escuela de Chicago en la eficiencia asignativa es un juicio político inapropiado y no un juicio económico. Sus afirmaciones sobre el funcionamiento de los mercados y sobre la eficiencia económica no son verdades incuestionables e irrefutables sino juicios de valor, altamente politizados. Vid. FOX: “The politics of Law and Economics in Judicial Decision making”, *cit.*, pp. 554 y ss. (en el que, utilizando como ejemplo el Derecho antimonopolio, se hace una reflexión general sobre el valor del análisis económico en el razonamiento jurídico y las implicaciones políticas que se derivan de la sujeción a un modelo u otro de análisis económico); IDEM: “Antitrust in its second century: the phoenix rises from its ashes”, 31, *Ant. Bull.* 1986, pp. 383 y ss.; IDEM: “The modernization of antitrust”, *cit.*, pp. 1155 y ss.”; IDEM: “What is harm to competition?”, *cit.*, p.379, en el que se encuadran las tesis de la Escuela de Chicago dentro de determinadas corrientes económicas (liberalismo) y políticas (conservadurismo). En este mismo sentido SULLIVAN: “Antitrust, Microeconomics and Politics: Reflections on some recent relationships”, 68 *Cal. L.Rev.* 1980, pp.1 y ss.

El valor de las afirmaciones de la Escuela de Chicago sobre el funcionamiento de los mercados ha sido cuestionado, denunciándose tanto su carácter eminentemente estático (esto lleva a subestimar los aspectos dinámicos de numerosas prácticas comerciales, particularmente el análisis del comportamiento estratégico en materia de prácticas predatorias) vid. FOX: “Consumers beware Chicago”, *cit.*, pp. 1717 y ss., como su visión parcial e inexacta de la realidad. Vid. HAWK: “La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne?”, *RTDE*, 1989, p. 15; SULLIVAN: “Post-Chicago economics: economists, lawyers, judges, and enforcement officials in a less determinate theoretical world”, 63, *ALJ*, 1995, pp. 669 y ss.; FLYNN: “Reaganomics and antitrust enforcement”, *cit.*, pp. 269 y ss.; HOVENKAMP: “Antitrust policy after Chicago”, *cit.*, pp. 213 y ss. La contraposición entre análisis estáticos y dinámicos será especialmente tomada en consideración en el análisis de los efectos competitivos de las prácticas de vinculación, vid., *infra*, Capítulo IV.II.C.3.3.4.

⁴¹ Pese a que algún autor pronosticara, durante la década de los ochenta, la crisis futura de esta ideología y la recuperación del enfoque ecléctico y plural que había caracterizado la aplicación e interpretación del Derecho *antitrust* en épocas anteriores (Vid. SULLIVAN: “Antitrust, Microeconomics and Politics”, *cit.*, pp.1 y ss.) o que insistiera en el carácter cíclico de la interpretación y aplicación de la normativa *antitrust* y, por tanto, augurara una vuelta a posiciones populistas (Vid.

la producción continúa siendo el parámetro con arreglo al cual ha de apreciarse la existencia de una lesión o daño a la competencia. Así, una conducta o una práctica empresarial sólo estará prohibida en la medida en que, como consecuencia de la misma, tenga lugar una reducción de la producción o un incremento de los precios en el mercado relevante. No obstante, si se ha producido un cierto suavizamiento frente a las posiciones de los años ochenta, las críticas han entrado de forma modesta a través de una válvula de escape, ya que, aún manteniéndose este criterio, los tribunales y las agencias administrativas han realizado una interpretación flexible del concepto de restricción de la producción, enjuiciándose negativamente determinadas conductas que no habrían despertado los recelos *antitrust* con arreglo a las tesis más puras de la Escuela de Chicago⁴². Esta interpretación flexible se realiza, fundamentalmente, durante el gobierno demócrata de William Clinton, y es la que conforma la actitud del entonces presidente de la FTC, Richard Pitofsky⁴³. El ascenso a la presidencia de George Bush y la vuelta al poder de los republicanos ha supuesto un retorno a la interpretación estricta⁴⁴ tal y como pone de manifiesto la resolución de una serie de casos polémicos, como la autorización de la concentración entre las empresas General Electrics y Honeywell o el desistimiento en la persecución del caso Microsoft.

BAKER/BLUMENTHAL: "Ideological cycles and unstable antitrust rules", 31, *Ant.Bull.* 1986, pp.323 y ss.).

⁴² Vid. la interpretación sobre el caso Microsoft que propone la profesora FOX ("What is harm to competition?...", *cit.*, pp. 370 y ss.) La resolución de este caso refleja la ambigüedad existente sobre la noción de ilícito competitivo y, concretamente, sobre si conductas meramente excluyentes que no tengan una incidencia directa sobre los niveles de producción o de precios tendrían cabida dentro de éste. Aunque en principio, parece que el tribunal adopta el test puro de la restricción de la producción, en su aplicación se separa del mismo, para acoger un criterio más amplio, que englobaría dentro del ilícito competitivo aquellas conductas excluyentes que no se basan en los superiores méritos empresariales ni se hallan justificadas desde el punto de vista de la eficiencia. Vid., *in extenso, infra*, Capítulo IV.

⁴³ Vid. *ad.ex. Toys "R"Us, Inc. v. FTC*, 221 F.3d 928, 936 (7th Cir. 2000); *United States v. Visa U.S.A.Inc.*, 163 F.Supp. 2d 322, 342 (S.D.N.Y. 2001).

⁴⁴ Vid. las críticas de T.J. Muris, presidente de la FTC hasta agosto de 2004, a la política *antitrust* desarrollada durante el gobierno demócrata: MURIS: "Anticompetitive effects in monopolization cases: a reply", 68, ALJ, 2000, pp. 325 y ss.; IDEM: "The FTC and the law of monopolization", 67, ALJ, 2000, pp. 693 y ss.

El Derecho de la competencia comunitario tampoco ha escapado al debate. Diversas tensiones laten hoy en su seno, si bien, el alcance de las mismas no reviste, en principio, la misma entidad que en el caso estadounidense. La presencia de diferencias significativas entre ambos sistemas jurídicos, tanto en lo que se refiere a la diversidad de valores políticos perseguidos con los mismos, al marco institucional en el que se desenvuelve su aplicación y a la existencia de objetivos exclusivos del Derecho de la competencia europeo, como su carácter instrumental en relación al objetivo fundamental de integración de los mercados, impiden la importación automática de las soluciones estadounidenses. Con carácter general cabe anticipar que en Europa se utiliza un criterio más amplio de apreciación o valoración del daño a la competencia, que extiende el alcance sancionador de la normativa comunitaria a conductas que no tienen un efecto inmediato o evidente sobre los niveles de producción o los precios. Si bien el Derecho comunitario en materia de libre competencia está siendo “modernizado”⁴⁵ y el análisis económico está adquiriendo cada vez mayor relevancia en el enjuiciamiento de los ilícitos competitivos⁴⁶, el foco o núcleo

⁴⁵ Vid. *ad. ex.*, Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*; Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 *sobre el control de las concentraciones entre empresas*; Reglamento (CE) n° 2658/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2000, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización*; Reglamento (CE) n° 2659/2000 de la Comisión de 29 de noviembre de 2000, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo*. Reglamentos en los que está presente un enfoque más económico en la evaluación de los posibles efectos de estas prácticas sobre la competencia.

⁴⁶ Así, por ejemplo, la eficiencia en la asignación y en la producción adquieren gran importancia en el tratamiento de determinadas prácticas empresariales, como las licencias de patentes y las licencias de know-how. Vid. HAWK: “La révolution antitrust américaine”, *cit.*, p. 16. HILDEBRAND (“The European School in EC Competition Law”, 25, *World Competition*, 2002, pp. 3 y ss.) repasa las distintas escuelas de pensamiento económico que han ido informando el Derecho de la competencia comunitario. La elaboración y redacción de los Tratados europeos contó con la influencia de la Escuela de Friburgo, ordoliberalismo alemán, que constituía más bien un modelo de pensamiento que un modelo analítico concreto. Progresivamente, ha ido desarrollándose por parte de las autoridades comunitarias, un marco analítico en el que la evaluación de los efectos de las conductas empresariales con arreglo a parámetros económicos va adquiriendo cada vez más trascendencia. En este sentido, el análisis económico es utilizado en la delimitación del mercado relevante (Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de relevante a efectos de aplicación del Derecho comunitario de la Competencia, D.O. C372, de 9 de diciembre de 1997) o en la evaluación de las

de la política concurrencial sigue siendo la preservación de mercados abiertos y dinámicos.

La delimitación de los objetivos del Derecho de la libre competencia es una cuestión de enorme relevancia práctica, que no puede quedar

restricciones verticales de la competencia y de los acuerdos de cooperación o colaboración horizontales. La aplicación e interpretación del artículo 81 del Tratado CE, que sanciona los acuerdos colusorios, también ha experimentado un cambio, pasando de un modelo centrado en las eventuales restricciones de la conducta de los operadores como principal criterio de anticompetitividad a un modelo cuyo núcleo lo constituye los efectos reales de las conductas en el mercado. Esta nueva orientación se ha plasmado en el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, que aboga, desde una perspectiva procedimental por un modelo descentralizado en el que se sustituye el anterior sistema de autorización previa por uno de excepción legal y, desde un punto de vista sustantivo, por un análisis en el que sean efectivamente ponderadas las consecuencias de las conductas sobre los precios y la producción. Vid., *in extenso*, GARCÍA CACHAFEIRO: “El giro norteamericano del Derecho antitrust comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la Sherman Act”, 256, *RDM*, 2005, pp. 597 y ss.; ADRIÁN ARNÁIZ/QUIJANO GONZÁLEZ: “Procedimiento de aplicación de las reglas sobre competencia de los artículos 81 y 82 del Tratado CE”, en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, coord. VELASCO SAN PEDRO, Valladolid, 2005, pp. 361 y ss.; EHLERMANN: “The Modernization of EC Antitrust policy: a legal and cultural revolution”, 37, *CMLR*, 2000, pp. 537 y ss.; GHEZZI: “La modernizzazione delle norme antitrust comunitarie”, 6, *Rivista delle Società*, 2000, pp. 1098 y ss.; IDEM: “Verso un diritto antitrust comune?: Il proceso di convergenza delle discipline statunitensi e comunitaria in materia di intese”, 2-3, *Rivista delle Società*, 2002, pp. 499 y ss.

El Tribunal de Justicia también va a insistir en la necesidad de que la determinación de la ilicitud de una determinada práctica empresarial vaya precedida de un análisis serio y riguroso sobre los efectos económicos de la misma. De hecho, el nuevo enfoque del ejecutivo comunitario en la valoración de los acuerdos restrictivos tiene su origen en determinados pronunciamientos judiciales en los que el TJCE insiste en la necesidad de ponderar las circunstancias económicas que rodean a los acuerdos antes de concluir sobre su ilegitimidad (vid. *ad.ex.*, los importantes casos, *Delimitis* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991) y *European Night Services* (Sentencia del TPI de 15 de septiembre de 1998, Asunto T-374/94). En el ámbito del control de la concentración empresarial, vid. *ad.ex.* la sentencia del Tribunal en el caso *Airtours* (Asunto T-342/1999, *Airtours v. European Commission*, de 6 de junio de 2002) por la que se anula la decisión de la Comisión de prohibir una operación de concentración entre *Airtours*, *pc.* y *First Choice*, *pcl.* (Asunto núm. IV/M 1524), por considerar que de realizarse ésta, podría dar lugar a la formación de una posición dominante colectiva en el mercado británico de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos. El Tribunal, en su sentencia, acusará a la Comisión, no sólo de error en sus apreciaciones sobre los hechos, sino también de rechazo consciente e injustificado de la teoría económica aplicable a determinados aspectos del caso.

Vid., con carácter general sobre la progresiva importancia del análisis económico en la política comunitaria de la competencia, ARRUÑADA: “Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia” en AA.VV.: *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia*, Barcelona, 2002, pp. 51 y ss.

relegada al mero debate teórico o filosófico⁴⁷. La respuesta que se dé a este problema determina la valoración sobre la legitimidad o no de una determinada conducta empresarial. La existencia de soluciones distintas en diversos ordenamientos jurídicos puede dar lugar, como ponen de relieve las últimas tensiones o discrepancias entre EE.UU. y Europa⁴⁸, a problemas de conciliación entre distintas jurisdicciones, cuándo ambas concurren en la valoración de una misma conducta, supuesto muy frecuente hoy en día, dado la extensión global de las actividades de numerosas empresas.

En este capítulo se analizarán los objetivos del Derecho de la competencia comunitario, tanto su fijación abstracta como su concreción por el Tribunal de Justicia y la Comisión de las Comunidades Europeas.

Para ello se llevará a cabo un estudio de los objetivos que tradicionalmente se han vinculado a este sector del ordenamiento jurídico, valorándose la adecuación de los mismos a las nuevas realidades económicas y socio políticas a fin de determinar si objetivos tradicionales siguen teniendo importancia y, en su caso, en qué medida.

⁴⁷ Como señala el juez BORK, “La política *antitrust* no será racional hasta que no seamos capaces de ofrecer a una empresa la respuesta a la siguiente cuestión: ¿Cuál es la finalidad de la ley?; ¿Cuáles son sus objetivos? Todo lo demás se deriva naturalmente de la respuesta dada. ¿El juez ha de guiarse por un único valor o por varios? Si es por varios, ¿cómo ha de resolver en los casos en que se produzca un conflicto? Sólo cuando la cuestión de los objetivos haya quedado resuelta es posible establecer un cuerpo coherente de normas sustantivas”. Vid. BORK: *The Antitrust Paradox*, cit., p.50. En el mismo sentido, CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (“Política y Derecho de la competencia en la C.E.E.: una aproximación”, *RGD*, 1983, p. 3389) resaltan la importancia del análisis de los intereses susceptibles de tutela por el Derecho ordenador de la libre competencia, desde la doble perspectiva de estudio de *lege data* y de *lege ferenda*.

⁴⁸ La Comisión prohibió la concentración proyectada entre las empresas *General Electric* y *Honeywell*, operación que había obtenido el *placet* de las autoridades administrativas americanas. Pese al archivo de las actuaciones contra *Microsoft* en EE.UU., en Europa, el ejecutivo comunitario sancionó determinadas prácticas del gigante informático, al considerar que éstas constituían un abuso de posición dominante. Vid., *in extenso*, sobre ambos casos, *infra*, Capítulo III. II y III.

En esta perspectiva histórica se tendrá en consideración el sistema estadounidense, tanto por la enjundia y el peso que al mismo cabe dar en la resolución de cuestiones sobre competencia, derivada de su ya dilatada experiencia, como por la necesidad de examinar si determinadas respuestas otorgadas en la interpretación y aplicación de la normativa *antitrust* americana, pueden ser importadas a este lado del océano para hacer frente a las cuestiones que surjan en la aplicación del Derecho comunitario, en la que, dada su menor experiencia, necesariamente han de reproducirse.

Este recorrido jurisprudencia y doctrinal sobre los objetivos del Derecho de la competencia reviste así mismo importancia desde otra perspectiva. El análisis y valoración de las distintas interpretaciones sobre la competitividad o anticompetitividad de una conducta, principalmente, el examen de las decisiones jurisprudenciales y administrativas, ha de realizarse teniendo en cuenta el contexto en el que fueron dictadas, el marco político, ideológico y económico en el que las mismas se produjeron, lo que permitirá evitar la confusión a la que podría dar lugar un estudio anárquico y desordenado de las mismas. Esto es especialmente importante en el caso de los contratos vinculados, cuya valoración, como tendremos ocasión de examinar con detenimiento a lo largo del presente trabajo, ejemplifica de manera muy gráfica la evolución del pensamiento político y económico sobre las restricciones de la competencia.

Para ello, el presente capítulo se estructura en una serie de apartados, acometiéndose un estudio individualizado de los distintos valores o funciones que a lo largo del tiempo se han vinculado al Derecho de la competencia. En atención a los términos, anteriormente señalados, con arreglo a los cuales ha venido desenvolviéndose el debate sobre las funciones de este sector del ordenamiento jurídico, los distintos objetivos se agrupan en dos grandes categorías. En primer lugar, se atenderá, bajo la rúbrica general de objetivos no económicos, a distintos objetivos o intereses de naturaleza muy diversa, usualmente vinculados al Derecho de la competencia. En un segundo momento, se analizarán los objetivos económicos perseguidos por la normativa *antitrust*, examinándose los

conceptos de eficiencia en la asignación y eficiencia en la producción y las distintas teorías o modelos de análisis económico sobre la consecución de esa eficiencia.

La indisoluble unión entre competencia y libre mercado aconseja preceder el examen pormenorizado de estos objetivos, de una breve reseña histórica sobre la evolución de la intervención pública en el mercado. Esta introducción tiene como finalidad exponer de forma abstracta la evolución del pensamiento económico y político sobre la naturaleza de las relaciones entre el Estado y el mercado, más concretamente, sobre la naturaleza de las relaciones entre el Estado y la competencia como centro medular o mecanismo de articulación del funcionamiento del mercado en su papel organizador de la vida económica.

II. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

A) ECONOMÍA DE MERCADO Y LIBRE COMPETENCIA EN LA DINÁMICA HISTÓRICA

Dos notas fundamentales caracterizan el desarrollo de la actividad económica, tanto durante la Baja Edad Media (periodo corporativista que se extiende desde el siglo XII hasta mediados del siglo XVI) como en la Edad Moderna (periodo del mercantilismo estatal que abarca desde la segunda mitad del siglo XVI hasta el triunfo de las revoluciones burguesas y la consolidación del modelo de Estado Liberal a comienzos del siglo XIX): el ejercicio de la misma en régimen de monopolio por los gremios o corporaciones de artes y oficios y la sujeción en su desarrollo a una rígida reglamentación, tanto en lo referente a la producción como a la distribución de los bienes. Serán, durante la Edad Media, las propias corporaciones a

través de sus ordenanzas y los municipios mediante estatutos⁴⁹, los que controlen férreamente todos los aspectos relevantes del desarrollo de la actividad industrial y comercial, desde la regulación minuciosa del acceso a los gremios hasta la fijación de cuotas de producción y el establecimiento de reglas de conducta que habian de ser observadas en la comercialización de los bienes.

El tránsito a la Edad Moderna supuso una ruptura más formal que sustantiva con el sistema corporativo y municipal medieval. El surgimiento del Estado moderno y la concentración de poderes en manos del monarca condujo a una progresiva estatalización de la normativa reguladora de la actividad económica –la existencia de ordenamientos jurídicos autónomos, al margen de la autoridad estatal chocaba con el carácter centralizador y autoritario de esta nueva forma de organización política-. Ahora bien, estas monarquías estaban más preocupadas por la forma que por el contenido y por eso, en un principio, no aspiraron a dictar autónomamente normas, sino que se limitaron a recoger las viejas reglamentaciones de los gremios, sancionándolas con su poder real –ordenanzas reales-. Las jóvenes monarquías van a encontrar en las leyes y experiencias de los burgos medievales los primeros fundamentos de su política económica. Los gremios y corporaciones continuaron siendo piezas clave en la organización de la actividad económica, contando con el apoyo monárquico, si bien fueron siendo progresivamente objeto de sujeción al control estatal, hasta llegar a convertirse en auténticos órganos del Estado⁵⁰.

⁴⁹ La nueva clase social de comerciantes y mercaderes que se consolida durante la Baja Edad Media es una clase políticamente activa, que ostentará el poder político en los principales núcleos urbanos, bien en exclusiva o bien de forma compartida con la nobleza local. Participación en la vida política que le permitirá velar por sus intereses económicos, tanto mediante el ejercicio de la potestad normativa a través de los estatutos municipales, como garantizando el efectivo cumplimiento de los mismos mediante el recurso a la autoridad coercitiva municipal. Vid. GALGANO: *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1981, pp. 37 y ss.

⁵⁰ Vid. GALGANO: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 68.

El continente europeo va a experimentar a partir del siglo XVI un intervencionismo económico gradual de los Estados nacionales⁵¹ que sujetarán a control toda la actividad mercantil e industrial, haciendo amplio uso de instrumentos existentes en la Edad Media como el privilegio de industria⁵² y el monopolio. Existe por tanto un intervencionismo

⁵¹ La progresiva consolidación del poder central y la necesidad de financiación de los recién nacidos Estados va a determinar una participación pública cada vez más acusada en la vida económica. El mercantilismo como filosofía de ordenación económica, social y política buscará la autosuficiencia nacional, promoviendo el desarrollo de la producción mediante el apoyo a la creación y desarrollo de nuevas manufacturas –incitado a través de una política de privilegios y subvenciones- y protegiendo los mercados nacionales de la competencia extranjera gracias a una política proteccionista instrumentada mediante el establecimiento de elevados aranceles a las importaciones. La acumulación de riquezas en el Estado va a convertirse en el núcleo de la política absolutista y para ello va a otorgarse al comercio un papel preponderante (“Es imposible hacer la guerra sin hombres, alistar hombres sin paga, pagarles el sueldo sin tributos, recaudar impuestos sin comercio”, DEYON: *Il mercantilismo*, Milán, 1969, p. 56). Las monarquías europeas van a interesarse en el desarrollo de la actividad industrial y comercial –imprescindible en la ejecución de su política de limitación de las importaciones y potenciación de las exportaciones-, venciendo los prejuicios tradicionales en relación al ejercicio de la actividad comercial y encontrándose en los escritos de los teóricos mercantilistas numerosas apologías del comercio y sus ventajas: “El comercio exterior es la riqueza del soberano, el honor del reino, la noble vocación de los mercaderes, el medio de subsistencia y ocupación de nuestros pobres, la mejora de nuestras tierras, la escuela de nuestros marineros, el nervio de nuestra guerra, el terror de nuestros enemigos”; “La actividad comercial se ha convertido más que nunca en la dama más cortejada y más aclamada por parte de los príncipes y los poderosos de todo el universo” (ambas citas recogidas por DEYON: *Il mercantilismo, cit.*, p. 59. En el mismo sentido GALGANO (*Historia del Derecho Mercantil, cit.*, p.69) recoge las observaciones de Savary con respecto al comercio: “Los reyes obtienen gran utilidad del comercio, tanto por los derechos que los comerciantes pagan a ellos cuando entran en sus reinos, o salen, como por ser los banqueros y los comerciantes quienes recogen todos el dinero, disponiendo de sumas inmensas que son necesarias a los reyes para sus grandes empresas”. Los poderes públicos no van a desentenderse del desarrollo de la producción industrial y de la distribución comercial, al contrario, al convertirla en punto focal de su política económica, van a ejercer un control riguroso y pormenorizado de todos sus aspectos. Sobre los pilares teóricos del mercantilismo y su concreción histórica en los distintos Estados europeos, vid. DEYON: *Il mercantilismo, cit.*

⁵² Vid. como ejemplo de los privilegios otorgados a los productores de nuevas manufacturas, el documento recogido por DEYON, *Il mercantilismo, cit.*, pp. 104-105 en el que se reconoce por la monarquía francesa al señor Guichard el privilegio de producción exclusiva de borras de algodón durante un período de diez años y del que reproducimos algunos extractos especialmente significativos: “(...) no habiendo sido creada nunca en nuestro Reino una fábrica de este tipo (...), y ya que esta manufactura es de una gran utilidad pública, dado que un gran número de personas que estaban desocupadas con anterioridad ahora se encuentran empleadas (...), nosotros le hemos permitido y concedido al solicitante el derecho de manufacturar en la ciudad antedicha y en diez leguas alrededor, toda clase de borras de algodón y de otros artículos de hilo de algodón y de lino con prohibición a cualesquier otra persona de disturbarlo, obstaculizarlo o de imitar o de falsificar las susodichas borras de algodón, durante diez años enteros y consecutivos, bajo pena

generalizado de los poderes públicos en la ordenación de la actividad económica⁵³, entre cuyas principales manifestaciones cabe destacar la necesidad de autorización regia para la creación de compañías de comercio, el establecimiento de los precios máximos de venta de los bienes, la fijación de los salarios, la administración del crédito e inspección de la producción y el desarrollo de una política comercial exterior de carácter marcadamente proteccionista⁵⁴.

¿Qué naturaleza cabe otorgar a esta normativa reglamentista, corporativa primero y estatal después, de la actividad económica? No estamos ante una disciplina ordenadora de la competencia en el mercado, la propia configuración de la organización económica, con la negación de la libertad de empresa y la clausura de los mercados, impide hablar de verdadera competencia. Las normas no tienen como finalidad la ordenación de la lucha concurrencial, sino que, por el contrario pretenden ahogar y limitar cualquier posible manifestación de la misma⁵⁵.

La defensa del papel del mercado como organizador de la vida económica tiene su origen a finales del siglo XVIII en las tesis de Adam Smith. El economista inglés en su obra *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (1776) censuró duramente el control gremial y gubernamental de la producción económica que había venido

de confiscación de los artículos y de los telares, y de diez mil liras de sanción (...) y para hacer saber al solicitante cuanto nos es placentera la fundación de dicha manufactura y para darle la posibilidad de sostenerla y ampliarla, nosotros le hemos donado doce mil liras (...), nosotros hemos exentado y exentaremos la casa en la que él habitará de la obligación de albergar a nuestras tropas y a nuestros hombres de armas; y para atraer a numerosos obreros a la susodicha manufactura, queremos que los obreros extranjeros que hubieren trabajado durante seis años enteros y consecutivos en la dicha manufactura sean considerados súbditos del Reino y naturalizados franceses (...)

⁵³ De hecho, es significativo que en la clasificación de los juristas de la época, el Derecho Mercantil sea considerado una rama del Derecho Público. Vid. GALGANO: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 71.

⁵⁴ Vid. FONT GALÁN: *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Madrid, 1987, pp. 70 y ss.; GALGANO: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., pp. 67 y ss.

⁵⁵ Vid. en este sentido FONT GALÁN (*Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, cit., pp. 70 y ss.) quién recoge las palabras de GARRIGUES, “El Estado, el Municipio y la Corporación regulaban la competencia pero no para hacerla libre sino para condicionarla o limitarla”.

caracterizando la ordenación de la vida económica durante la Edad Moderna⁵⁶ y defendió, como forma más eficiente de asignación de los bienes económicos, la interacción libre de productores y compradores –oferentes y demandantes- en el mercado. Con arreglo a su célebre principio de “la mano invisible”, todo individuo, al buscar egoístamente sólo su propio bien personal, es llevado, como si fuera dirigido por una mano invisible, a lograr lo mejor para todos⁵⁷. El foro donde coinciden todos esos intereses individuales egoístas es el mercado y es la mano invisible de éste, gracias al papel ordenador de la competencia y al mecanismo de los precios, la que los encauza al bienestar común, produciendo la más eficiente asignación de recursos. La competencia entre los operadores en el mercado es la consecuencia lógica de un orden natural que implica una lucha en la que sobreviven los más aptos. La apertura del mercado a todos los individuos, es decir, el reconocimiento de la libertad de acceso a la producción económica, conduce a la multiplicidad de operadores en un mismo mercado que, dado lo escaso de los bienes y de los potenciales usuarios de los productos o servicios, tendrán que luchar entre sí por obtenerlos, en detrimento de los demás. Esta pugna competitiva lleva a lo que hoy llamaríamos, una depuración darwiniana del mercado, sólo los mejores pueden sobrevivir, lo que fomenta el progreso técnico y económico.

⁵⁶ La obra de Smith critica diversos supuestos de intervención pública en la vida económica, recogiendo numerosos ejemplos. Entre estos casos de insensatez e injerencia ineficiente del gobierno en la vida económica, los profesores SAMUELSON y NORDHAUS recogen el siguiente ejemplo. Un maestro tejedor del siglo XVII pretende mejorar su técnica, tejer mejor. El gremio de tejedores, frente a las aspiraciones del maestro respondió lo siguiente: “Si un tejedor pretende realizar una pieza siguiendo su propia incentiva, debe contar con la autorización de los jueces de la ciudad para emplear el número de hilos y la longitud que desee una vez considerada la cuestión por cuatro de los comerciantes más antiguos y cuatro de los tejedores más antiguos del gremio”. Smith sostenía que esas restricciones – ya fueran impuestas por el gobierno o los monopolios, sobre la producción o sobre el comercio exterior- limitaban el correcto funcionamiento del sistema de mercado y perjudicaban, en última instancia, tanto a los trabajadores como a los consumidores. Vid. SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía, cit.*, p.31,

⁵⁷ “Todo individuo trata de emplear su capital de tal forma que su producto tenga el mayor valor posible. Generalmente, ni pretende promover el interés público ni sabe cuánto lo está promoviendo. Lo único que busca es su propia seguridad, sólo su propio provecho. Y al hacerlo, una mano invisible le lleva a promover un fin que no estaba en sus intenciones. Al buscar su propio interés, a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo”. ADAM SMITH: *La riqueza de las naciones*.

Sus tesis, hondamente individualistas, ejercieron una influencia notable en el mundo que comenzará a despuntar tras las revoluciones burguesas⁵⁸. El valor asignado en ellas al individualismo y a la libertad se verá como la concreción – y garantía- en el terreno económico de los logros conseguidos en el político. El mercado permitiría la traslación de la democracia política al ámbito económico. Esto llevó a numerosos Estados a adoptar como modelo organizador de la vida económica el sistema de economía de mercado. Éste, apoyado en la propiedad privada y en la libertad contractual parte de que el mercado funcionando libremente mediante la interacción de las fuerzas de la oferta y la demanda logrará una asignación más eficiente de recursos y una mejor distribución del bienestar que otras posibles alternativas, garantizando, además, la descentralización del poder económico, requisito imprescindible para el mantenimiento de la democracia política.

El único papel que, en principio, corresponde al sector público es garantizar las condiciones de partida⁵⁹ para que el mercado pueda empezar a funcionar: el derecho a la propiedad privada⁶⁰, la exigibilidad de los

⁵⁸ No sólo en Reino Unido se denunciarán los excesos del mercantilismo. También en Francia con la aparición de la escuela fisiocrática se empezaron a levantar voces a favor de una apertura de los mercados. Esta escuela de pensamiento económico, fundada por F.QUESNAY (1694-1774), argumentaba que el principal derecho natural del hombre consiste en el disfrute de los resultados de su trabajo, siempre que tal disfrute pueda compatibilizarse con los derechos de los demás. Se partía de la creencia en un orden natural en cuyo centro se situaba el sector agrícola, único productivo. Como consecuencia de ese orden natural se consideraba que los individuos, persiguiendo sus propios intereses individuales, trabajaban para la consecución del bienestar social. Por tanto, se censuraba la intervención de los gobiernos en los asuntos económicos más allá de lo absolutamente imprescindible para proteger la vida y la propiedad y mantener la libertad de contratación. Los fisiócratas rechazaban los excesos proteccionistas de los mercantilistas, defendiendo la libertad en el desarrollo de la actividad económica, tanto en la interior como en el comercio exterior. Vid. MOCHÓN: *Economía. Teoría y Política*. Madrid, 1998, pp. 629 y ss.; VICIANO PASTOR: *La libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, 1995, p.43.

⁵⁹ Estos presupuestos no son vistos como concesiones gratuitas del Estado sino como derechos consustanciales a la persona que, por tanto, preceden al propio Estado y que éste necesariamente debe reconocer. Vid. GONDRÁ ROMERO: *Derecho Mercantil. Introducción*, Madrid, 1992, pp. 26 y ss.

⁶⁰ De este derecho a la propiedad privada se deriva el consecuente derecho de todas las personas a actuar al servicio de sus intereses particulares, ya sea desde el lado de la oferta –ánimo de lucro-, ya desde el de la demanda –maximización de la

contratos⁶¹ y la libertad económica de todos los agentes⁶². A partir de ahí, el Estado debería dejar actuar al mercado (*laissez-faire*⁶³), que se autorregularía y alcanzaría su equilibrio sin necesidad de dirección externa.

El Derecho de la época se afanó por dar cobertura jurídica a estas ideas⁶⁴. Prototipo de la consagración normativa de este modelo económico

utilidad-. Vid. PELLISÉ CAPELL: *La explotación abusiva de una posición dominante* (Art. 82 TCE y 6 LEDC), Madrid, 2001, p. 28.

⁶¹ Un sistema funcional de derecho de contratos es una condición imprescindible para la creación y desarrollo de las relaciones de mercado. Éste se basa en el intercambio autónomo y libre entre sujetos con intereses contrapuestos y el contrato se configura como el instrumento a través del cual ha de materializarse ese intercambio. Vid. IMMENGA. *El Mercado y el Derecho*, Valencia, 2001, p. 20.

⁶² Ésta comprende la libertad de los individuos de elegir, en su faceta de productores en el mercado, la actividad económica que prefieran (incluida la libertad de abandonarla), de determinar las condiciones de desarrollo de esa actividad del modo que estimen más conveniente; y/o en su faceta de consumidores, la libertad de elegir la oferta que entiendan mejor ha de satisfacer sus deseos o necesidades. De este modo, la libertad económica se presenta como un derecho de todo ciudadano a concurrir y competir con otros dedicados a la misma actividad. Vid. PELLISÉ CAPELL: *La explotación abusiva de una posición dominante*, cit., p. 29.

⁶³ La célebre frase “laissez-faire, laissez-passer”, (en ocasiones acompañada de la locución, “le monde va de lui même”), se convertiría en el símbolo del nuevo y generalizado anhelo de libertad en el desarrollo de la actividad económica y del rechazo de la participación activa del Estado en la misma. Citada por Adam Smith en *La riqueza de las naciones*, su autoría es discutida, existiendo diversas interpretaciones al respecto. Algunos autores defienden que la frase pertenece al fisiócrata Quesnay, otra opinión, recogida por GALGANO (*Historia del Derecho Mercantil*, cit., p.74) sostiene que “laissez-faire”, sería la respuesta dada por un empresario francés, Le Gendre, a Colbert, ministro de comercio de Luis XIV y defensor de la política mercantilista, quién se había dirigido a un grupo de comerciantes e industriales, preguntándoles qué podía hacer el Estado por ellos. Por último, una de las opiniones más extendidas, atribuye la autoría de la frase al francés, Vincent de Gournay, economista francés, precursor de los fisiócratas, y ministro de comercio de 1751 a 1758 (Vid. VICIANO PASTOR: *La libre competencia e intervención pública en la economía*, cit., p.43).

⁶⁴ El primer paso que la concreción jurídica de este nuevo modelo de organización de la vida social y económica requería era la apertura de los mercados a todos los individuos y la eliminación de los gremios y corporaciones. En Francia, pese a que con anterioridad al estallido de la Revolución Francesa, hubo un tímido intento de reconocimiento de la libertad de iniciativa económica privada, no será hasta 1791 con la aprobación de la Ley de 2-17 de marzo y la Ley *Le Chapelier* de 14 de junio, cuando el sistema corporativo y gremial pueda considerarse definitivamente extinto y, con ello, se materialice la apertura de los mercados. En España, se declara el derecho de todos los ciudadanos a la libre elección y ejercicio de industria u oficio en un Decreto de 1813. Pese a los intentos conservadores de privarle de eficacia, con la Ley de 6 de diciembre de 1836, queda plasmada sin ningún género de ambigüedad la libertad de empresa. Vid. FONT GALÁN: *Constitución Económica y*

es el Código Civil napoleónico de 1804, cuyos principios y contenido servirían de inspiración en la elaboración de los cuerpos jurídicos de Derecho privado de otros Estados europeos. Estructurados conforme al principio regulador de la autonomía privada y la libertad de los individuos para llegar a la conciliación de sus intereses contrapuestos, los códigos recogen el espíritu del *laissez faire*, confiando en la actuación individual y en las leyes de la naturaleza, que de forma paralela a las leyes físicas, conseguirían la regulación social, sin necesidad de una intervención normativa más allá de lo estrictamente necesario para permitir el juego de esa actuación individual y para cubrir las eventuales lagunas no previstas por los particulares⁶⁵.

El modelo de Estado liberal pretende por tanto, la consecución del bien común a través de la libertad y de la actuación autónoma de los individuos (“*A la justicia por la libertad*”). La libre actuación privada es el camino para la consecución del bienestar social, por lo tanto, el único papel que al Estado le compete es garantizar esas posibilidades de actuación de la autonomía privada. El mercado y la competencia van a luchar contra las

Derecho de la Competencia, cit., pp.78 y ss. En realidad, ya desde finales del siglo XVIII, los gremios y corporaciones empiezan a tambalearse y a perder parte de su poder tradicional. Por una parte, se generalizan las reformas normativas destinadas a una progresiva relajación de la reglamentación de la producción y la distribución de los bienes y los ataques doctrinales al sistema gremial. (Vid. *ad.ex.* la hostilidad manifestada por Jovellanos frente al sistema gremial: “La ordenación gremial parece que ha buscado casi siempre la ruina de la industria con las mismas providencias que dirigía a su fomento. Empeñada en extender sus exclusivas... disminuye la libertad del tráfico y destruyendo la competencia no deja entrada a la baratura ni al equilibrio y nivelación de los precios de donde naturalmente se deriva. Las mejores de todas las Ordenanzas gremiales, las más libres de errores y de vicios, se fundan en un sistema de suyo opresivo y contrario a la prosperidad de la industria; y esta verdad, tan demostrada por el raciocinio, se confirma más y más cada día por la observación y por la experiencia. Cortemos, pues, de un golpe las cadenas que oprimen y enflaquecen nuestra industria y restituyámosla de una vez aquellas deseada libertad en que están cifrados su prosperidad y sus aumentos”, recogida por RUBIO: *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950, pp. 79-80). Por otro lado, la propia evolución económica, con el estallido de la revolución industrial irá paulatinamente desvitalizando a las corporaciones artesanas, vaciándolas de contenido y funcionalidad. Vid. RUBIO: *Sainz de Andino y la codificación mercantil, cit.*, pp. 77 y ss.; STOLZE: *El capitalismo (de Manchester a Wall Street)*, Barcelona, 1971, pp.137 y ss.

⁶⁵ Para un análisis del modelo socio económico subyacente al derecho de la codificación del siglo XIX. Vid. GONDRA ROMERO: *Derecho Mercantil, cit.*, pp. 25 y ss.; RUBIO: *Sainz de Andino y la codificación mercantil, cit.*, pp. 77 y ss.; VICIANO PASTOR: *Libre competencia e intervención pública en la economía, cit.*, pp. 57 y ss.

situaciones de poder que impiden la consecución del bien común⁶⁶. La competencia va a desempeñar así un papel fundamental en la ordenación de la vida social. Impidiendo la formación de posiciones de dominio en el mercado, garantiza, desde el punto de vista económico, una asignación eficiente de los recursos, al mantener los precios cercanos a los costes de producción, lo que determina que los recursos se destinan a aquellos usos que tienen un mayor valor o que proporcionan una mayor utilidad. Así mismo, la lucha competitiva ejercerá una influencia constante sobre el progreso técnico y tecnológico, ya que las empresas se esforzarán por reducir sus costes de producción para ampliar sus beneficios⁶⁷.

Desde una perspectiva política, la competencia garantiza la dispersión del poder económico, adecuando el orden económico al político y llevando la democracia al mercado. La libertad de competencia dispersaría el poder económico y la riqueza entre los agentes del mercado del mismo modo que el principio de soberanía popular y sus instituciones derivadas llevan el poder político a los ciudadanos⁶⁸.

⁶⁶ El profesor IMMENGA señala, recogiendo las palabras de BÖHN que la competencia es “el instrumento de desapoderación más genial de la historia”. Vid. IMMENGA: *El derecho y el mercado*, *cit.*, p. 24.

⁶⁷ La única forma que tiene una empresa de obtener mayores beneficios en mercados de competencia perfecta es a través de una reducción de sus costes de producción, ya que el intento de fijación de un precio por encima del nivel de mercado, reduciría sus ventas a cero. (Recordemos que en condiciones de competencia perfecta, la posición de cada empresa con respecto a la totalidad de la producción del mercado es tan pequeña que ésta es incapaz de influir en el precio, enfrentándose a una curva de demanda totalmente horizontal). Además, en el caso de que pudieran producirse situaciones de poder, generadoras de beneficios extraordinarios, éstas tendrían un carácter meramente transitorio, ya que la ausencia de barreras de entrada, motivaría que nuevas empresas –o empresas ya operantes en ese mercado– acudieran al reclamo de esos beneficios, haciendo descender el nivel de precios y, por tanto, eliminando la posibilidad de beneficios extraordinarios. Por tanto, la empresa que quiera incrementar sus beneficios, necesariamente deberá intentar reducir sus costes, mediante la búsqueda de nuevas técnicas que le permitan obtener una mayor productividad de sus factores.

⁶⁸ Esta idea, muy importante en los argumentos populistas, nace en el orden económico de una desconfianza en el poder económico, paralela a la que se da en el orden político respecto del poder político (ya observa MONTESQUIEU que quién tiene un poder tiene una tendencia natural a abusar de él y a ejercerlo en su propio beneficio). Vid. CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: “Política y Derecho de la Competencia en la CEE: una aproximación”, *cit.*, p. 3384.

Esta competencia ordenadora resultaría de forma natural de la apertura de los mercados y el consiguiente reconocimiento de la libertad de iniciativa económica. La competencia, por tanto, no precisaría de la intervención del Estado ya que se situaría dentro del plano de lo que *es* y no de lo que *debe ser*, haciendo innecesaria la existencia de un cuerpo normativo específicamente encomendado de su protección⁶⁹.

Ahora bien, los postulados en los que descansa el modelo liberal de funcionamiento del mercado y de la libre competencia se vieron pronto desmentidos por los hechos económicos y sociales. Como señala el profesor GIRÓN TENA, “el tiempo histórico no se detuvo, como quiso la ideología de la Revolución Francesa. En el plano de los hechos se fue produciendo una caducidad de aquellas ideas y los cambios socioeconómicos fueron denunciando la inexactitud, en ese plano de la realidad, de parte de lo que contenían de pronóstico y análisis”⁷⁰. El desarrollo histórico puso de manifiesto la debilidad de los pilares que sustentaban el modelo de organización económica liberal. O más bien, desbordó las previsiones decimonónicas sobre la evolución natural de los mercados. El reconocimiento de la libertad de empresa, unido a los avances tecnológicos que trajo la Revolución Industrial, condujo efectivamente a un estímulo y desarrollo de la producción industrial de asombrosas proporciones. Desarrollo que no corrió paralelo al incremento de la capacidad adquisitiva de los consumidores, lo que dio lugar a la aparición de graves desajustes en las condiciones de oferta y demanda en los mercados. La sobreproducción supuso en la práctica la quiebra de uno de los principales pilares de los principios económicos clásicos que informaban la ordenación económica del Estado liberal⁷¹, y va a modular el devenir de las relaciones competitivas

⁶⁹ A estos planteamientos sirve de base la filosofía del denominado “iusnaturalismo racionalista tardío”, que defiende la existencia de un orden natural en la sociedad, cuyo libre desenvolvimiento y realización sólo requiere el inhibicionismo estatal. Vid. GONDRA ROMERO: *Derecho Mercantil I, cit.*, p.26.

⁷⁰ Vid. GIRÓN TENA: *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (estudios)*, Madrid, 1986, p.22.

⁷¹ La conocida como Ley de Say era uno de los principales presupuestos o principios de la economía clásica, con arreglo a la cual se afirmaba que no es posible la superproducción en los mercados más que en ocasiones excepcionales,

entre las empresas desde una doble perspectiva. Por una parte, va a empujar a los agentes económicos a una lucha encarnizada por intentar colocar su producto, en cuanto de ello depende su propia supervivencia, recurriéndose para ello a medios poco ortodoxos o éticamente reprobables⁷². Chantajes, amenazas, denigraciones van a ser empleados en esta lucha concurrencial. Si por un lado, la competencia tiende a hacerse más incisiva en algunos sectores, por otro, las empresas conscientes de los riesgos de la lucha competitiva entre ellas van a intentar eliminarla, recurriendo a acuerdos o prácticas colusorias, mediante las cuales se pretende sustituir la rivalidad por la actuación concertada en el mercado o, incluso, a través de formas de cooperación más intensa, integrándose en grandes unidades productivas⁷³. La competencia no sigue el devenir natural y eficiente que los defensores del modelo liberal habían asegurado. Desprotegida ante la ausencia de una normativa disciplinadora de la misma, la competencia abandonada a su libre desarrollo, se encaminaba a su autodestrucción⁷⁴.

La libre actuación del mercado sin injerencia estatal no respondía, por tanto, a las expectativas previstas, ni desde el punto de vista económico –asignación eficiente de recursos–, ni desde el punto de vista político –descentralización del poder privado–. La libertad no impedía la formación de posiciones de poder en el mercado; posiciones de poder que alteraban tanto el equilibrio político como el económico. La libertad no garantizaba el pleno aprovechamiento de los recursos ni tampoco conducía a unos resultados distributivos de la renta de unánime aceptación social. Para contrarrestar y

ya que la producción tiende a crear su propia demanda. Vid. VICIANO PASTOR: *Libre competencia e intervención pública en la economía*, cit., p. 46.

⁷² Vid. TUNC: *El derecho de Estados Unidos*, Barcelona, 1971, pp. 26 y ss.

⁷³ Vid. FONT GALÁN: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, cit., pp.83 y ss.

⁷⁴ Se ha convertido ya en un lugar común, la afirmación de que la competencia contiene elementos cancerígenos, su libre desarrollo, sin tratamiento adecuado, consistente éste en su ordenación normativa, lleva inexorablemente a su propia destrucción. Vid. en este sentido, FERNÁNDEZ NOVOA: “Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”, *RDM*, 95, 1965, p. 28; MASSAGUER FUENTES: “Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, *RGD*, 1990, p.248, “(...) la libertad de competencia depara los principales problemas para sus subsistencia, ya que, por principio, los empresarios son libres para no competir y para adoptar acuerdos que excluyan la competencia, como también son libres para adoptar una línea de comportamiento agresivo a través de cualquier tipo de medio”.

paliar los excesos a los que el funcionamiento libre del mercado había conducido, va a empezar a exigírsele al Estado un papel más activo. Será fundamentalmente tras la I Guerra Mundial cuando empiece a concretarse el tránsito de un sistema marcado por el abstencionismo de los poderes públicos en la vida económica a un modelo jurídico, político y económico caracterizado por el intervencionismo y el dirigismo estatal⁷⁵.

El mercado tiene fallos, su funcionamiento perfecto es un mero ideal teórico sin reflejo real, de ahí que el Estado tenga que intervenir en la economía para intentar corregir esos fallos, devolviéndole la funcionalidad al sistema. Se produce un cambio de orientación, ya no se cree que la mera autonomía privada, la libertad incondicionada pueda conducir a la realización del bien común. Ese bien común ha de ser garantizado por el Estado; no va a ser la mano invisible del mercado sino la actuación ordenadora del poder público la que garantice el bienestar social. La determinación del papel que al Estado compete asumir ante esta falta de funcionalidad autónoma del mercado no tuvo una respuesta unánime.

Las posturas más extremas defenderán el total abandono del mercado como organizador de la vida económica, pasando el Estado a asumir de forma exclusiva ese papel. Así, en una serie de Estados se va a instaurar un sistema de economía centralizada o autoritaria, no será ya el mercado quien decida cómo, cuándo y para quién se produce, sino que esa función le es arrebatada para pasar a ser asumida por los poderes públicos. Negación del mercado y de la propiedad privada y centralización de la producción, por tanto, configuran el modelo de organización económica centralizada.

⁷⁵ El Estado no había estado totalmente desconectado del desarrollo de la actividad económica a lo largo del siglo XIX, asumiendo determinadas iniciativas empresariales en el marco de la denominada política de fomento. Pero será fundamentalmente, durante la I Guerra Mundial, con el establecimiento de medidas normativas tendentes a regular la economía de guerra y tras la crisis económica generalizada de 1929, cuando empiece a agarrar las riendas del proceso económico, iniciándose así el proceso paulatino de intervención del Estado en la economía y la progresiva consolidación, con el triunfo de los planteamientos económicos keynesianos, del modelo de Estado social o Estado del bienestar. Vid. FONT GALÁN: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, cit., pp. 105 y ss.; GONDRA ROMERO: *Derecho Mercantil I*, cit., p. 80 y ss.; VERDE ALDEA: “La acción de las empresas para limitar la competencia (Su regulación en el Tratado de la Comunidad Económica Europea)”, 81, *RDM*, 1961, pp. 101 y ss.

Una segunda alternativa, adoptada en la mayoría de las economías occidentales (y en los países de la órbita comunista tras su democratización), consiste en la adopción de un modelo de economía mixta, en el que se conjugan dos elementos. En primer lugar, se parte del respeto general al mercado como instrumento de canalización de la actividad económica, pero se complementa con la intervención de los poderes públicos para garantizar su funcionalidad –con eventuales exclusiones del mecanismo de mercado para permitir la consecución de diversos objetivos públicos –por ejemplo, a través del establecimiento de monopolios estatales-. La regla general seguiría siendo la operación a través del mercado, pero como éste es incapaz de regularse a sí mismo, serán los poderes públicos los que asuman esta función con mayor o menor intensidad. Intervención que puede desarrollarse desde una doble perspectiva: normativa, a través de la aprobación de normas jurídicas ordenadoras de la actividad económica y participativa, mediante la propia configuración del poder público como agente económico, suministrador de bienes y servicios.

¿Cómo refleja el ordenamiento jurídico este cambio de actitud?
¿Cómo se lleva a cabo la articulación jurídica de estas nuevas ideas sobre el papel que al Estado compete en la ordenación de la actividad económica?

El intervencionismo gradual de los poderes públicos en el desarrollo de la actividad económica va a encontrar su plasmación jurídica en la consolidación de un nuevo sector del ordenamiento jurídico: el Derecho de la economía, dentro del cual se integra el Derecho del mercado, que aparece como un conjunto de normas jurídicas orientadas a la regulación del mercado como sistema⁷⁶. Su finalidad primera es la ordenación de la actividad de las empresas de modo que éstas aún operando dentro del mercado desarrollen su actividad de tal modo que permitan –o al menos, no impidan- la consecución del bienestar común. Los principios de interés general y orden público van a informar la producción jurídica en el área

⁷⁶ Acogemos la terminología utilizada por el profesor IMMENGA, según la cual el Derecho del mercado sería sólo aquella parte del Derecho de la economía que se refiere al ajuste entre la oferta y la demanda llevada a cabo a través del sistema de economía de mercado. Vid. IMMENGA: *El mercado y el derecho*, cit., p.20.

económica, principios a los que a partir de ahora van a estar subordinados los derechos subjetivos individuales. Tanto la propiedad privada como la libertad de empresa van a perder su carácter de derechos absolutos, y a ser reconocidos y protegidos sólo en cuanto permitan la consecución del bienestar social, y limitados cuando la impidan o dificulten.

Será dentro de este marco general de un sector del ordenamiento jurídico orientado a garantizar la funcionalidad institucional del mercado en el que encuentre su fundamento el Derecho de la libre competencia. Constatado que la competencia no es un presupuesto que deba darse por automático en el mercado sino un valor amenazado por la propia dinámica de éste (y reafirmada su importancia como un valor u objetivo digno de amparo jurídico) el Estado va a asumir la función de creación de un cuerpo normativo encargado de su protección y ordenación. Surge así el Derecho de la competencia, integrado por dos ramas interrelacionadas: el Derecho de la libre competencia y el Derecho de la competencia desleal. El primero va a suponer una nueva orientación en la concepción de la libertad de competencia, ésta ya no se configura sólo como un derecho de los particulares a competir en el mercado, sino que implica, una vez que se ha hecho uso del derecho de participación en la vida económica, una obligación efectiva de competir⁷⁷. El Derecho de la competencia desleal depurará los medios que pueden ser utilizados por los particulares en la lucha concurrencial. Se pretende una ordenación normativa de la competencia por tanto, con arreglo a dos criterios: cantidad y calidad de la misma⁷⁸. Ordenación que tiene como finalidad adecuar el ejercicio de las libertades individuales a la realización de intereses de carácter general. “La nueva disciplina jurídica de la competencia se asienta en las democracias occidentales sobre los principios del interés general y del orden público económico, ante la exigencia de mantener a todos los empresarios competidores en un plano de igualdad y la acuciante preocupación de proteger a los consumidores que, desamparados de toda tutela en los ordenamientos liberales, sufrían y sufren directamente las consecuencias

⁷⁷ Vid. BERCOVITZ: “La formación del Derecho de la competencia”, 2, *ADI*, 1975, p. 70.

⁷⁸ Vid. GONDRA ROMERO: *Derecho Mercantil I, cit.*, p.88.

de una competencia restringida o desleal o, en todo caso, los efectos injustificados de una competencia falseada o ineficiente que no realiza ninguna utilidad socioeconómica para la colectividad”⁷⁹.

El reconocimiento de una esfera de libertad y actuación autónoma a los individuos implica el delicado problema de determinar la extensión de ésta, ya que un ejercicio absoluto puede generar la eliminación o negación fáctica de la libertad de terceros. En el ámbito de la afirmación de la libertad de empresa se reproduce este mismo conflicto. Se parte, desde el punto de vista de la organización económica, de un sistema basado en la libertad y en la libre conformación y desarrollo de las voluntades privadas individuales para resolver los problemas económicos básicos de asignación y producción. Ahora bien, un régimen de absoluta libertad en el ejercicio de la actividad de empresa puede desembocar en la supresión real de la misma libertad de otros sujetos, produciéndose con ello el desmoronamiento de todo el sistema –que se fundamenta, precisamente, en la posibilidad de ejecución real de esa libertad por parte de toda la comunidad-. Será, por tanto, la propia supervivencia del marco de ordenación de la actividad económica elegido –el mercado- la que demande la fijación de límites en el ejercicio de la libertad de competencia. La libertad económica individual se “funcionaliza” al mantenimiento de un modelo de libre mercado –que se considera, siendo ésta una elección de carácter político- el más idóneo para la ordenación económica de la sociedad y que se verá como incapaz para mantenerse a sí mismo, precisando de la intervención garante del Estado.

El Derecho de la competencia surge así con un doble y delicado cometido: preservación del sistema de mercado y tutela de las libertades económicas individuales⁸⁰. Objetivos complejos ya que se trata precisamente, de “limitar la libertad para garantizar la libertad” en un

⁷⁹ Vid. FONT GALÁN: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, cit., p.118.

⁸⁰ Vid. GONDRA ROMERO: *Derecho Mercantil I*, cit., pp. 86 y ss.; MASSAGUER FUENTES: “Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, cit., pp. 249.

marco económico basado en la lucha y en la sustitución de unos agentes por otros⁸¹.

Su concreción histórica variará en el tiempo, en EE.UU. se descubre ya su necesidad a finales del siglo XIX. El enorme grado de concentración empresarial y el poder económico y político que estaban alcanzando los grandes grupos empresariales (*trusts*) generó un sentimiento de malestar y temor social, lo que unido al hecho de la incapacidad de la normativa existente para hacer frente a las distorsiones económicas y sociales a las que daba lugar esta nueva forma de organización empresarial, condujo a la aprobación de la ley Sherman en 1890 como un tributo al sentimiento *antitrust* generalizado existente en la sociedad norteamericana en las postrimerías del siglo XIX⁸². En Europa, su recepción y la necesidad de su existencia serán fruto de una reflexión posterior en el tiempo. Será a finales de la II Guerra Mundial y, en gran parte debido a la influencia americana⁸³ y a las tesis de la escuela ordoliberal de Friburgo⁸⁴, cuándo los principales Estados europeos empiecen a dotarse de normas tuitivas de la competencia en los mercados. El proyecto europeo de creación de un mercado único entre los distintos Estados miembros de la naciente CEE exigió además la aprobación de normas en materia de libre competencia a nivel comunitario, normas a las que se asignó un papel instrumental clave en este proceso de integración económica.

⁸¹ Consideramos muy ilustrativo al respecto, el título de una de las obras más importantes del profesor BORK, defensor de las posiciones de la Escuela de Chicago, *The Antitrust Paradox*, (la paradoja del Derecho *antitrust*) en el que se condensa esta aparente contradicción que constituye la justificación misma del Derecho de la libre competencia. Vid, a su vez, DIRLAM/KAHN: *Fair Competition: the Law and Economics of Antitrust Policy*, 1954, p. 17: “La preservación de la competencia representa, paradójicamente, una negación del *laissez-faire* en el interés último del *laissez-faire*”.

⁸² Vid. sobre el clima en el que se produjo la aprobación de la *Sherman Act*, *infra*, B.1, 1.1.

⁸³ Así, por ejemplo, la aprobación de la Ley de Prácticas restrictivas de la competencia española de 1963, vino motivada, en parte, porque la adopción de normativa en materia de libre competencia era uno de los requisitos exigidos por los EE.UU. para hacer efectivas las ayudas económicas a los países europeos previstas en el Plan Marrshall.

⁸⁴ Vid. BERCOVITZ: “La formación del Derecho de la competencia”, *cit.*, pp. 61 y ss.

Al igual que el liberalismo exacerbado decimonónico desembocó en un proceso paulatino de intervención pública en la economía, el activismo del Estado a lo largo del siglo XX, también provocará una reacción adversa, fundamentalmente a partir de la década de los ochenta, llegándose a hablar de crisis del Estado del bienestar⁸⁵. Crisis que se manifiesta en una reconsideración sobre los fallos del mercado y en el retorno a las posiciones liberales⁸⁶. Se vuelve a dar confianza al mercado, aún considerándose la existencia de fallos en el mismo, éstos se minimizan o se considera que el mercado también posee sus propios mecanismos de autocorrección y que la intervención pública constituye una alternativa menos aconsejable que confiar en el propio mercado para su curación. Estas orientaciones ideológicas tienen una enorme trascendencia en la determinación del alcance de la normativa tutitiva de la libre competencia, ya que suponen una recuperación del individualismo propio del pensamiento liberal decimonónico. Serán las propias empresas y los consumidores, a través del

⁸⁵ En las dos últimas décadas, las tasas de crecimiento han vuelto a ser más normales, lo que ha ido acompañado de un aumento del escepticismo sobre el papel del Estado. Se ha afirmado que la excesiva intromisión del Estado en la ordenación de la vida económica impide el funcionamiento eficiente de los mercados, al dar lugar a la erección de barreras de entrada y a la creación de monopolios. Se considera que los fallos del Estado son algo casi tan general como los fallos del mercado; los elevados impuestos distorsionan la asignación en los recursos, la seguridad social reduce el ahorro, la regulación del medio ambiente disminuye la iniciativa empresarial, los intentos de los gobiernos de estabilizar la economía están condenados a fracasar en el mejor de los casos y a aumentar la inflación en el peor, y la inflación ahoga la inversión. Numerosas escuelas de pensamiento económico van a defender una vuelta a los principios liberales y el abstencionismo –o la reducción de la participación pública en el devenir de la vida económica- (Escuela Neoliberal, teoría de la elección pública o *public choice*). El análisis económico del derecho, cuya aplicación en el campo del Derecho de la competencia será especialmente notable, forma parte de estas tendencias que postulan la vuelta a los principios liberales, esta corriente “enemiga del intervencionismo estatal, se presenta con una pretensión de racionalidad que remite a la recuperación de la idea de la presencia de una mano invisible en la sociedad”.

⁸⁶ A partir, sobre todo, de la década de los ochenta, se va a generalizar, principalmente en EE.UU. y en Reino Unido, alcanzando también en la actualidad al resto de Estados europeos, un proceso de reestructuración de la actividad económica de marcada tendencia liberal, instrumentada a través de la privatización de empresas, anteriormente de propiedad pública y la liberalización de determinados sectores (transportes, energía, comunicaciones, servicios postales, etc.), mediante la apertura de los mismos a la libre iniciativa económica de los particulares. Se sustituye en éstos la regulación pública –normas destinadas a controlar las decisiones de las empresas relacionadas con los precios, las ventas o la producción- por la regulación a través de la competencia y el libre juego de la oferta y la demanda en los mismos.

libre flujo de oferta y demanda, los que se encarguen de castigar los excesos competitivos. Las restricciones privadas de la competencia serán sancionadas y corregidas por la fuerza impersonal del propio mercado. El debate actual sobre el papel del Derecho de la competencia, se enmarca, en numerosos Estados, dentro de estos nuevos sentimientos de desconfianza hacia la intervención de los poderes públicos en el desarrollo de la actividad económica.

Esta breve exposición del nacimiento del Derecho de la libre competencia permite conectar con la introducción de este trabajo en la que se afirmaba el carácter dinámico del mismo y la evolución que ha venido experimentando desde sus orígenes. Surgido como un instrumento de ordenación estatal de la actividad económica privada articulado bajo los principios rectores del orden público e interés general, al mismo se han encomendado una serie de misiones que se consideró promovían o garantizaban el interés colectivo y bienestar social. Misiones y objetivos que irán variando a lo largo del tiempo al estar sujetas a las variaciones que experimente la concreción de esos conceptos indeterminados y las convicciones sobre las opciones más adecuadas para promover el interés de la colectividad. El estudio de las mismas constituye el objeto de los apartados siguientes, en los que se examinará, en primer lugar, los distintos objetivos o intereses paraeconómicos tradicionalmente ligados a la normativa sobre libre competencia, para analizar, a continuación, los objetivos de carácter económico.

B) OBJETIVOS POLÍTICO-JURÍDICOS DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este apartado serán objeto de análisis determinados valores o intereses cuya protección o promoción se ha encomendado, en mayor o menor medida, dependiendo de los distintos momentos históricos y de las especificidades de los diversos sistemas jurídicos, a la normativa en materia de libre competencia. Con excepción del objetivo de integración de mercados que, obviamente, constituye una función específica del Derecho comunitario

sin equivalente en otras jurisdicciones, tanto la descentralización del poder económico, como la lealtad en las transacciones comerciales, la protección de la competencia en base a los méritos empresariales y la garantía de mercados abiertos han sido incluidos en el conjunto de valores tutelados por las normas *antitrust* en los diferentes sistemas jurídicos. Es conveniente, antes de iniciar el análisis individualizado de estos objetivos, precisar la interconexión existente entre ellos y anticipar que su delimitación y, principalmente, su concreción en reglas y principios, en ocasiones, presenta problemas de deslinde.

Como reflexión general sobre los objetivos sociales y políticos cabe señalar que éstos reflejan los valores con arreglo a los cuales la comunidad desea que se desarrolle la organización de la vida económica en el marco elegido: sistema de libre mercado. Valores que precisamente son determinantes de la opción por este sistema. Su protección normativa responde a un sentimiento de desconfianza sobre su carácter consustancial, la intervención de los poderes públicos se considera necesaria para garantizar su presencia real. De ahí, que las nuevas teorías u orientaciones que relegan el papel del Derecho de la competencia a la promoción de intereses puramente eficientísticos, por regla general, no cuestionan tanto la importancia de estos intereses, como la idoneidad de la actuación pública para su tutela.

1. Dispersión del poder económico

La dispersión o descentralización del poder económico se señala generalmente, como uno de los principales objetivos perseguidos a través de la normativa *antitrust*⁸⁷. De hecho, este objetivo se conecta con el ideal decimonónico de un sistema económico autorregulado, en el que las principales decisiones de producción y asignación son fruto del juego impersonal de las fuerzas de la oferta y la demanda. Sistema cuyo rasgo

⁸⁷ “La desconfianza en el poder es la base central y común que a lo largo del tiempo ha unificado el apoyo a la normativa *antitrust*”. Vid. FOX: “The modernization of antitrust”, *cit.*, p. 1153.

fundamental es la dispersión del poder económico. Éste no corresponde a los poderes públicos, pero tampoco a ningún ciudadano en concreto: lo ostentan todos y cada uno de ellos. La imposibilidad de automantenimiento de esta forma de organización económica evidenció la necesidad de una regulación normativa ordenadora que garantizara su supervivencia. El sistema de mercado continúa siendo un ideal de ordenación, pero se pierde la ingenuidad sobre su carácter natural y necesario. Surge así el Derecho de la competencia como garante de la continuidad de este sistema, atacando la principal amenaza para su mantenimiento: la formación de posiciones de poder económico⁸⁸. Ahora bien, como señala PELLISÉ CAPELL⁸⁹ el objetivo descentralizador reviste un carácter general y abstracto, en cuya concreción pueden encontrar cabida posiciones muy diversas e, incluso, antagónicas. Así, en primer lugar, dentro del mismo se engloba tanto la desconfianza hacia el poder económico privado como hacia el poder económico público. El Derecho de la libre competencia constituye el instrumento de control de ambas manifestaciones de poder.

Como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, el libre juego del mercado desprovisto de toda ordenación normativa no condujo a los resultados esperados y generó una exigencia social de intervención de los poderes públicos en la conformación y desarrollo de la actividad económica. La respuesta del Estado frente a los, cada vez más evidentes, fallos del mercado, y, más específicamente, frente a la progresiva formación de posiciones de poder en el mercado con el consiguiente riesgo de comisión de abusos monopolísticos y la subversión de todo el sistema, admitía diversas intensidades, según se limitara más o menos la capacidad decisoria de los agentes económicos. La estatalización supone el grado máximo de intervención al ser asumidas por los poderes públicos las funciones que con anterioridad realizaban las empresas privadas. La regulación concede una mayor libertad a los agentes económicos privados, a ellos sigue correspondiendo la titularidad de la actividad económica, si bien sujetos, en determinados ámbitos, a las órdenes de dirección y control basadas en el

⁸⁸ Vid. BLAKE/JONES: "Toward a three dimensional antitrust policy", *cit.*, pp. 433 y ss; IDEM: "In defense of antitrust", *cit.*, pp. 382 y ss.

⁸⁹ Vid.: PELLISÉ CAPELL: *La "explotación abusiva de una posición dominante"*, *cit.*, p. 53.

mercado, provenientes de los poderes públicos⁹⁰. El Derecho de la competencia va a ser visto, como la forma de intervención mínima de los poderes públicos en la economía y la alternativa más respetuosa con el sistema de libre mercado⁹¹. El Estado va a velar para que no se produzcan restricciones privadas de la competencia, dejando, en principio, libertad a las empresas para que éstas tomen las decisiones productivas que estimen más convenientes⁹². Esta visión del Derecho de la libre competencia como garantía de intervención política mínima en la economía tiene especial relevancia en el ámbito estadounidense, en atención al individualismo propio de la cultura americana y a su tradicional desconfianza frente a la participación del Estado en la vida económica⁹³.

⁹⁰ Sobre las distintas modalidades de regulación, vid. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, pp. 252 y ss.

⁹¹ Vid. VAN CISE: *The Federal Antitrust Laws*, Washington D.C., 1975, p.1; SULLIVAN: "The foundations of antitrust" en AA.VV.: *The Political Economy of the Sherman Act. The first one hundred years*, New York, 1991, p.4. "La esencia del Derecho *antitrust* la constituye el intento de armonización y síntesis de un cuerpo normativo encargado de la corrección de los fallos del mercado. Invita a la intervención gubernamental cuando se produzcan fallos en el mercado o externalidades, pero lo hace sólo a través de prohibiciones *ad hoc* y sin necesidad de recurrir a una política industrial generalizada o a un esquema regulatorio sistemático".

⁹² Vid., en este sentido, SHWARTZ: "Justice and other non economic goals of antitrust", 127, U.P.A.L.R., 1979, p.1078. "... Uno de los principales objetivos del Derecho *antitrust* es eliminar la necesidad de una amplia y progresiva regulación gubernamental o de la nacionalización de industrias". SCHWARTZ señala como este objetivo político garantiza el apoyo general de la clase empresarial a la normativa en materia de libre competencia, con independencia de la existencia de incentivos individuales de búsqueda de exención en la aplicación de la misma. Idea que también es recogida por VAN CISE (*The Federal Antitrust Laws*, cit., p. 2), al hablar de la actitud paradójica de aceptación mental pero rechazo emocional de la normativa *antitrust* por parte de la comunidad empresarial. "Al empresario puede desagradarle el "Rey Leño" de las prohibiciones *antitrust*, al interferir con su libertad de acción, pero, generalmente, teme mucho más al "Rey Cigüeña" de la confiscación". Vid. en un sentido similar, las afirmaciones de Van Hecke: "... la existencia del Derecho *antitrust* sirve como pararrayos a los sentimientos de temor y envidia que las grandes empresas suscitan en una parte del público y explica la ausencia, en América, de todo movimiento tendente a la nacionalización de las industrias de base", recogidas en ZAMORA CABOT: "Algunas claves actuales del Derecho antitrust de los Estados Unidos", 181-182, RDM, 1989, pp. 367 y ss.

⁹³ HOFSTADTER recalca la especial importancia que en el ámbito estadounidense adquiere la competencia al conformar ésta el instrumento de ordenación de la actividad económica ya desde los orígenes coloniales y a lo largo de gran parte del siglo XIX. « ... En América la competencia era mucho más que una simple teoría: era un modo de vida y un credo. Desde los inicios coloniales y durante la mayor

La adopción de un sistema de economía de libre mercado supuso la concreción en el terreno económico de los logros y principios que informaron la organización de la vida política. Si la democracia supone la difusión del poder político en toda la comunidad, de forma que no corresponde a ninguno de sus miembros en exclusiva y a la vez reside en todos y cada uno de ellos, el mercado regulado por la competencia cumple la misma función con respecto al poder económico, que radica en toda la colectividad, corresponde a todos y cada uno de los individuos⁹⁴. Orden económico y político confluyen, operando la descentralización del poder económico como garantía del correcto desenvolvimiento de las instituciones democráticas. La formación de grandes entidades empresariales, la consolidación de posiciones de poder en los mercados y la generalización, por tanto, de situaciones de gran desigualdad económica se verá como una amenaza para la propia pervivencia de la democracia política. El temor de que las grandes empresas ejerzan presión sobre el legislador de tal forma que la política pública pueda estar orientada a la satisfacción y protección de los intereses de éstas y no a la consecución del bienestar de la colectividad ha informado, sobre todo en sus orígenes, la aprobación de la

parte del siglo XIX, la nuestra era principalmente una nación de granjeros y pequeños empresarios locales –ambiciosos, optimistas, especuladores, antiautoritarios, igualitaristas y competitivos-. A medida que pasaba el tiempo, América empezó a dar por descontado que la propiedad estaría siempre ampliamente difundida, que el poder económico y el político estarían descentralizados... Los más respetados pensadores asumían habitualmente que este orden social era natural –o dictado por Dios-, y, probablemente, pensaron que duraría para siempre... ». HOFSTADTER: “What happened to the antitrust movement?”, *cit.* p.20; *vid.*, en este mismo sentido, HAWK: “La révolution antitrust américaine”, *cit.* pp. 9 y ss. ; ELZINGA: “The goals of antitrust: other than competition and efficiency, what else counts?”, *cit.*, p. 1200.

⁹⁴ Vid. CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: “Política y Derecho de la competencia en la CEE”, *cit.*, pp. 3384 y ss; FIKENTSCHER: “Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)”, *cit.*, pp. 486 y ss; IMMENGA: *El mercado y el derecho*, *cit.*, pp. 24 y ss.; VILLEGAS destaca como la doctrina del pluralismo impregna, al menos en sus orígenes, toda la legislación *antitrust* estadounidense. Con arreglo a la misma se parte de que las necesidades de los hombres están mejor atendidas cuando el poder, ya sea político o económico, se encuentra dividido entre muchos. A la difusión del poder político responde la división del gobierno de la nación en tres ramas separadas: poder legislativo, ejecutivo y judicial; pluralismo que se concreta en el terreno económico a través de la competencia. Vid. VILLEGAS: *Monopolio y Competencia. Las Leyes antitrust de los Estados Unidos base de la libertad económica*, Madrid, 1970, p.4.

normativa en materia de libre competencia⁹⁵. La contención del poder económico privado a través de estas normas adquiere relevancia así, no sólo desde un punto de vista económico, sino también político, como mecanismo garante del mantenimiento de las condiciones económicas necesarias para la participación efectiva –y no meramente nominal- de toda la colectividad en la formación de la voluntad política, evitando que ésta sea el resultado de una oligarquía plutocrática.

Por tanto, este objetivo de naturaleza política se centra en la preservación de mercados autorregulados, en los que las decisiones económicas más importantes, -qué producir, dónde producir, y cómo producir- sean resultado de la actuación impersonal de los mercados, y no fruto exclusivo de la actuación discrecional de determinadas empresas o de una política pública intervencionista.

1.1. *EE.UU.*

“La mayoría de los americanos aceptan el poder económico y político de las grandes empresas como un rasgo natural e inevitable de la vida en lo que ellos describirían como una sociedad libre. Es problemático imaginar otras formas alternativas de organización económica ya que se asume que cualquier reestructuración significativa implicaría intromisiones públicas inaceptables en la libertad personal. Estas asunciones sobre la naturalidad, inevitabilidad y libertad otorgan legitimidad a la posición de las grandes empresas en la sociedad americana, de tal modo que cualquier crítica sobre la concentración económica se considera errónea y excéntrica. Los americanos no han mantenido siempre esta actitud complaciente ni suscrito la ideología que la legitima...”⁹⁶.

⁹⁵ Vid. HOFSTADTER: “What happened to the antitrust movement?”, *cit.*, p.29; PITOFSKY: “The political content of antitrust”, *cit.*, pp. 1051 y ss.

⁹⁶ MILLON: “The Sherman Act and the Balance of Power”, 61, *S.Cal.L.Rev.*, 1988, pp. 1219 y ss.

Efectivamente, si bien actualmente existe un sentimiento difundido en la sociedad americana de aceptación –e incluso promoción- de la gran empresa, éste no ha sido una constante y, a lo largo de la historia de los EE.UU., observamos diversas reacciones de rechazo frente a la concentración de poder económico en manos de los agentes económicos privados. De hecho, la hostilidad popular frente a las grandes corporaciones empresariales fue la palanca que impulsó la aprobación de la normativa *antitrust* norteamericana⁹⁷.

En el último tercio del siglo XIX la rápida industrialización fue el tema dominante en los EE.UU. En las décadas de posguerra se hizo la transición crucial a la sociedad industrial moderna⁹⁸. El apoyo gubernamental a los negocios, que se manifestó en la legislación arancelaria, sobre los ferrocarriles y los bancos y en la protección judicial a las sociedades creó un clima en el que el capitalismo industrial pudo florecer. La revolución industrial originó importantes cambios en la estructura de las empresas, al poner de manifiesto la inadecuación de las formas de organización empresarial tradicionales, empresario individual o sociedades personalistas, para hacer frente a los retos que planteaba la nueva situación económica. La sociedad anónima o *corporation* empieza a jugar un papel destacado, favoreciendo la acumulación de grandes cantidades de capital. Esta nueva forma de organización empresarial va a ser pronto manipulada, buscándose mecanismos que permitieran centralizar la mayoría de los aspectos de la producción y distribución, difundiéndose la consolidación de las empresas en competencia en

⁹⁷ Vid. HOFSTADTER: “What happened to the antitrust movement?”, *cit.*, pp. 20 y ss.; LARVE: “Antitrust and Politics”, 33, *Ant.Bull.*, 1988, pp. 745 y ss.; MILLON: “The Sherman Act and the Balance of Power”, *cit.*, pp. 1219 y ss.; VAN CISE: “Antitrust past-present-future”, *cit.*, pp. 985 y ss.; IDEM: *The Federal Antitrust Laws*, *cit.*, pp. 23 y ss. Vid., no obstante, BORK: “Legislative Intent and the policy of the Sherman Act”, *cit.*, pp. 7 y ss., quien defiende, por el contrario, que el único objetivo que motivó la aprobación de la Sherman Act fue la búsqueda de la eficiencia económica.

⁹⁸ Las bases principales para la industrialización fueron los abundantes recursos naturales. Al poseer enormes depósitos de carbón, hierro, cobre, plomo y manganeso, gigantescos yacimientos petrolíferos y grandes bosques madereros, los EE.UU. eran ampliamente autosuficientes en las materias primas esenciales. La expansión territorial, el crecimiento poblacional y la mejora de los sistemas de transporte y comunicación se combinaron para crear un mercado interno continental. Vid. JONES: *Historia de Estados Unidos, 1607-1992*, *cit.*, pp. 276 y ss.

unidades de gran escala. En un primer lugar surgen los *pools* o *cartels*, que con la finalidad de evitar competencia ruinosa, suponen acuerdos de colaboración entre competidores a fin de establecer cuotas de producción o de fijar los precios de los bienes o servicios. Ahora bien, la posibilidad de burlar el *pool* y la falta de reconocimiento legal para la aplicación forzosa de estos contratos, dio lugar a su sustitución por otra forma de cooperación empresarial más compleja, los *trusts*⁹⁹, que implicaban una mayor integración y que permitían burlar las normas estatales en materia de sociedades. Esta forma de organización empresarial que surge en el mercado del petróleo con la creación de la *Standard Oil Co.* de Rockefeller es pronto adoptada en otros sectores de la industria. Tras la consolidación horizontal, los *trusts* generalmente intentaban ganar el control sobre las materias primas y el sistema de mercado necesario para su industria particular (integración vertical)¹⁰⁰.

Pero la difusión de los *trusts* no tardaría en traer importantes consecuencias económicas y sociales, que determinaron la generalización de un sentimiento popular de descontento y aversión hacia estas formas de organización empresarial. Así, desde un punto de vista económico pronto se

⁹⁹ Esta forma de consolidación empresarial consiste en un acuerdo por el que los accionistas de diferentes compañías depositaban sus acciones en unos fideicomisarios acordados, que de este modo podían ejercer un control unificado sobre firmas nominalmente independientes. Vid. FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, cit., pp. 22 y ss.

¹⁰⁰ Aunque el público americano se refería a todas las formas de combinaciones posibles como *trusts*, éste fue un fenómeno pasajero. A comienzos de la década de 1890 ya se había abandonado casi por completo debido al ataque de los juzgados estatales. Entonces las empresas gigantes se inclinaron por la compañía de *holding*, mecanismo que ha sobrevivido hasta la actualidad. Significa que una sociedad posee el suficiente accionariado de otras para poder controlar sus operaciones. La Sugar Refinery Company (1891) de Henry O. Havemeyer fue uno de los primeros *trusts* que se transformaron en una compañía holding. En 1899, la Standard Oil huyó de un ataque judicial en Ohio y consiguió autorización como compañía de holding en Nueva Jersey, más hospitalaria. Tenía acciones en 41 compañías y controlaba activos por valor de unos 300 millones de dólares. Entre 1895 y 1904 hubo más de trescientas fusiones importantes de este tipo, con un capital agregado de más de 6.000 millones de dólares. Cerca de un 40% de éste correspondía a las siete mayores compañías de holding: Amalgamated Copper, Consolidated Tobacco, American Smelting and Refining, American Sugar Refining, International Mercantile and Marine, Standard Oil y opacando a todas ellas, la primera compañía de mil millones de dólares: la United States Steel. Vid. JONES: *Historia de Estados Unidos, 1607-1992*, cit., p.276 y ss.

puso de manifiesto que la nueva situación industrial no respondía a las expectativas generadas pese a la existencia de una serie de ventajas, como la rápida expansión del desarrollo industrial y el incremento global de la productividad y de la riqueza (que generó un extendido optimismo en la esperanza de un futuro aun más próspero). Tras la Guerra Civil, empezaron a ponerse de manifiesto determinados problemas asociados a este nuevo orden, así, el incremento de desigualdades en la distribución de la riqueza, un giro hacia el monopolio, numerosos abusos de las compañías ferroviarias, una tasa de desempleo nunca conocida hasta entonces y problemas de higiene y alojamiento en las ciudades que estaban desarrollándose rápidamente¹⁰¹. El descontento empezó a generalizarse, tanto los agricultores¹⁰², como los consumidores y los pequeños empresarios, así como los trabajadores alentaron un odio generalizado hacia los *trusts* y hacia la existencia de poder en los mercados que éstos representaban. Los estadounidenses temían que la concentración del poder económico representado por las grandes compañías amenazara las instituciones democráticas y que el declive de la competencia significara el fin de la oportunidad económica y de la movilidad laboral¹⁰³.

¹⁰¹ Vid. FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust, cit.*, pp. 29 y ss.; JOHNSON: *Estados Unidos. La historia, cit.*, pp. 550 y ss.; JONES: *Historia de Estados Unidos: 1607-1992, cit.*, pp. 304 y ss.; TUNC: *El derecho de Estados Unidos, cit.*, pp. 28 y ss.

¹⁰² Tradicionalmente se ha destacado la importancia que el movimiento *Grange* tuvo en el proceso de aprobación de la Sherman Act. La *Grange* era una sociedad secreta agraria, fundada en 1867 en Washington con el nombre oficial de Granja Nacional de los Patrocinadores de la Agricultura (*National Grange of the Pratoons of Husbandry*) Nacida en un principio con una finalidad social y educativa, sus actividades fueron ampliándose a medida que la asociación fue creciendo, empezando a adquirir tintes políticos. Su objetivo era unir a los trabajadores, darles la posibilidad de reunirse, instruirse y aunar sus fuerzas para luchar, principalmente, contra las compañías de ferrocarriles que se consideraba explotaban al mundo rural, lográndose la aprobación de varias leyes estatales a través de las cuales se limitaban las tarifas ferroviarias. Pese a la pérdida de peso político de la asociación, los representantes de los granjeros siguieron ejerciendo su influencia en la vida política y constituyeron miembros destacados del Partido del Pueblo. Vid. JONES: *Historia de Estados Unidos: 1607-1992, cit.*, pp.332 y ss. STIGLER, sin embargo, en un provocador artículo, rechaza esta interpretación tradicional sobre la influencia del movimiento *grange* en la aprobación de las normas antimonopolio. Vid. STIGLER: "The Origin of the Sherman Act", 14, *Journal of Legal Studies*, 1985, pp. 1 y ss.

¹⁰³ Una caricatura aparecida en una publicación periódica en 1884 y conservada en la colección Granger sobre historia gráfica de Norteamérica refleja el temor que la sociedad americana experimentaba frente al cada vez mayor poder económico de

Una vez identificados los problemas económicos y sociales asociados a los *trusts* se planteaban las posibilidades de intervención de los poderes públicos mediante leyes para solucionarlos¹⁰⁴. La aprobación a nivel federal de normativa específicamente dirigida a contener y limitar el poder económico de estos grandes grupos empresariales fue la solución adoptada¹⁰⁵. Así, durante la presidencia de Benjamin Harrison se aprobó el 2 de julio de 1890 la *Sherman Act*, estatuto que supuso el reconocimiento público del malestar social existente hacia los *trusts* en particular y hacia la concentración del poder económico en general¹⁰⁶. La *Sherman Act* va a

los *trusts*. En ella aparece la Standard Oil Co., representada como un enorme pulpo, cuyos tentáculos se extienden por todo el país, alcanzando a los ciudadanos consumidores, a los ferrocarriles, al transporte marítimo, a las perforadoras de petróleo e, incluso, aproximándose uno de ellos al Capitolio, como expresión del considerable poder e influencia política que poseía esta compañía.

¹⁰⁴ Las opiniones sobre las posibilidades –y la conveniencia– de actuación frente a los *trusts* estaban divididas. Algunas posturas, propias de la economía del *laissez-faire*, consideraban que los *trusts* eran respuestas naturales del mercado. Suponían un crecimiento empresarial inevitable dictado por las mismas fuerzas que gobiernan la evolución del mundo biológico. Los *trusts* eran una forma de evitar excesiva competencia y de restaurar el balance y la eficiencia en el orden económico, de ahí que los poderes públicos no debían intervenir para regularlos (vid. *ad.ex.* los razonamientos de Herbert SPENCER, William Graham SUMNER o William LAWRENCE, impregnados de un fuerte individualismo y apología de la competencia desenfrenada y de la supervivencia de los más poderosos, en JONES: *Historia de Estados Unidos, cit.*, p.285). Otra postura más acorde con el modelo de Estado social (*general welfare state*) consideraba que, por medio de estas figuras de dimensiones monopolísticas, era posible obtener numerosas eficiencias económicas, pero que competía a los poderes públicos garantizar que éstas iban a beneficiar a la totalidad de la sociedad y no sólo a los titulares de las mismas.

¹⁰⁵ Al igual que había pasado con la reglamentación de los ferrocarriles, los Estados tomaron la delantera en la legislación *antitrust*. En la década de los 1880, 27 Estados y territorios, sobre todo del sur y del oeste, aprobaron leyes que prohibían los *trusts* y otras formas de combinaciones, mediante la aplicación de la doctrina *ultra vires* para proceder a la disolución de las sociedades que formaban el *trust*. Pero la reglamentación local nunca resultó muy efectiva. Donde se procedió en contra de los *trusts* –la Standard Oil fue el ejemplo principal– éstos, se las arreglaron para escabullirse transfiriendo sus sedes legales a otros Estados, sobre todo Delaware, Virginia Occidental o New Jersey, que ponían pocas restricciones a la emisión de autorizaciones para las compañías y que empezaron a dotar paulatinamente de reconocimiento legal expreso a las compañías *holding* o sociedades de cartera. Además, en cualquier caso, los Estados carecían de poder para restringir los monopolios que se dedicaban al comercio interestatal. Vid. JONES: *Historia de Estados Unidos, cit.*, p.287.

¹⁰⁶ (...) “si los poderes concentrados de estas combinaciones se otorgan a un solo hombre, es una prerrogativa regia e inconsistente con nuestra forma de gobierno, y debería someterse a una fuerte resistencia del Estado y autoridades nacionales. Si hay algo rechazable, esto lo es. Si no soportamos un rey como poder político, tampoco

prohibir en su sección 1 los acuerdos o conspiraciones restrictivas del comercio¹⁰⁷ y en su sección 2¹⁰⁸, la monopolización o los intentos de monopolización de los mercados. Esta norma es reflejo de una pluralidad de objetivos, ideales y necesidades prácticas. Es una de las muchas propuestas dirigidas a mantener el crecimiento económico, al mismo tiempo que buscaba contener el poder económico y político de las grandes empresas y distribuir más equitativamente los beneficios materiales de una economía industrializada.

Pese al fuerte sentimiento contra la concentración de poder económico que condujo a su aprobación y a la radicalidad con la que fueron establecidas sus prohibiciones¹⁰⁹, durante sus primeros diez años de

lo soportaremos sobre la producción, el transporte o cualquiera de las necesidades vitales (...). Declaraciones del Senador Sherman, recogidas por VAN CISE: The Federal Antitrust Laws, cit., p.6.

¹⁰⁷ *“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or comerse among the Several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and on conviction thereof, shall be punished by fines not exceeding \$10.000.000 if a corporation or, if any other person, \$350.000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”* (15 U.S.C.A.§1) (“Todo contrato, combinación en forma de trust o de otra forma, o conspiración que restrinja el comercio o la industria entre los varios Estados o con naciones extranjeras se declara ilegal por la presente ley (...) Toda persona que hiciese algún contrato o participare en una combinación o conspiración declarada ilegal por la presente ley será considerada culpable de una falta, y convicta de la misma, será castigada con una multa que no exceda de 10.000.000\$, si se tratase de una sociedad, o de 350.000\$ si se tratase de cualquier otra persona, o con prisión de hasta tres años, o con ambas penas, a discreción del Tribunal”).

¹⁰⁸ *“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and on conviction thereof, shall be punished by fines not exceeding \$10.000.000 if a corporation or, if any other person, \$350.000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”* (15 U.S.C.A.§ 2). (“Toda persona que monopolice o intente monopolizar o se combine, o conspire con cualquier otra persona, o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, será considerada culpable de una falta, y convicta de la misma, será castigada con una multa que no exceda de 10.000.000\$, si se tratase de una sociedad, o de 350.000\$ si se tratase de cualquier otra persona, o con prisión de hasta tres años, o con ambas penas, a discreción del Tribunal”).

¹⁰⁹ La *Sherman Act* prohíbe, en principio, “todos” los acuerdos restrictivos del comercio, así como “cualquier intento” de monopolización de mercados. Esta literalidad será matizada por el Tribunal Supremo, al introducirse la célebre regla de razón o *rule of reason* que restringe el ámbito de la prohibición sólo a las

vigencia, la *Sherman Act* desalentó la cartelización y prohibió carteles explícitos, pero no fue aplicada para combatir o acabar con los *trusts*. Es más, estos vivieron un crecimiento desmesurado en esta etapa¹¹⁰, alentado por una serie de factores, tanto empresariales, como legales¹¹¹, como, por supuesto por reticencia de los poderes públicos (tanto del Congreso¹¹²,

restricciones del comercio “no razonables”. Algunos autores han señalado como, en el caso estadounidense, se invierte la relación entre política y normativa. Si bien generalmente las normas surgen para implementar una determinada política, en el caso *antitrust*, la ley Sherman precedió a la existencia de una política definida sobre la competencia querida en los mercados. La ley es reflejo de la existencia de una preocupación social respecto al creciente acaparamiento por parte de las grandes unidades empresariales de amplias cuotas de mercado. El legislador era consciente de que esta concentración de poder empresarial presentaba una serie de aspectos negativos y de la necesidad de su intervención al respecto, pero se muestra mucho menos tajante en la determinación del alcance de la misma. Actitud ambigua que va a manifestarse en la literalidad de los dictados normativos; se condena sí, pero de forma general, delegándose en los jueces y tribunales la tarea de arbitrar la política de actuación frente a las lesiones privadas de la competencia, en su interpretación de los mandatos legislativos. Vid. JONES/SUFFRIN: *EC Competition Law*, New York, 2001, pp. 9 y ss.; VAN CISE: *The Federal Antitrust Laws*, *cit.*, pp. 19 y ss., sobre el importante papel asignado a las autoridades judiciales en la concreción de la política en materia de libre competencia.

¹¹⁰ La mayoría de las grandes empresas del siglo XX se crearon en esta etapa. Si en el momento de aprobación de la *Sherman Act* la gran empresa integrada había sido la excepción –sólo existían ocho grandes *trusts*– al final de la era de concentraciones post *Sherman Act*, la moderna empresa multiunidad industrial se convirtió en un instrumento estándar para gestionar la producción y la distribución de los bienes en América. Este proceso de “trustificación” se desarrolló en dos grandes oleadas de concentraciones. La primera, desde 1890 hasta 1893 y la segunda, más duradera e intensa, de 1895 hasta 1904. El punto más alto en esta actividad de concentración se alcanzó en 1899, año en el que 1208 empresas desaparecieron como consecuencia de las concentraciones. En 1897, sólo ocho empresas tenían un capital superior a los 50 millones de dólares, cifra que en 1903 superaban más de cuarenta empresas. Al final del movimiento concentrativo, 318 empresas controlaban el 40% de todos los factores de producción. Vid. BLAKE/JONES: “In defense of antitrust”, *cit.*, p. 388.

¹¹¹ La legislación estatal en materia de sociedades facilitó y fomentó el recurso a la concentración empresarial. Vid. FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, *cit.*, pp. 54 y ss.

¹¹² El Congreso toleró esta aplicación tan débil de las normas *antitrust*. La mayoría de sus miembros preferían no tocar este tema, una vez aprobada la *Sherman Act* y temporalmente acallados los mayores detractores de los *trusts*. El Congreso parecía confiar en que el ejercicio de acciones privadas fuera suficiente para garantizar la aplicación de la *Sherman Act*. Además, recortó los fondos destinados al Departamento de Justicia, lo que motivó la imposibilidad de proseguir con los pocos casos iniciados. ZAMORA CABOT (“Algunas claves actuales del Derecho antitrust de los Estados Unidos”, *cit.*, pp. 367 y ss) recoge diversas interpretaciones sobre los verdaderos motivos que impulsaron a la aprobación de la ley Sherman, así las afirmaciones de Attwood y Brewster, quienes defienden que la famosa *Sherman Act*: “... fue inicialmente una dádiva política arrojada para acallar las críticas que siguieron a la promulgación de la *Tariff Act* de 1890 –modelo de

como del Tribunal Supremo¹¹³ y del Gobierno¹¹⁴) a la utilización de la *Sherman Act* como instrumento frente a la integración empresarial.

Diez años después de la aprobación de la *Sherman Act*, los *trusts* continuaban desarrollándose. Las elecciones de 1900 recuperaron el debate *antitrust*. Tanto los demócratas como los republicanos, si bien éstos últimos más moderadamente, mantuvieron posturas críticas frente a estas organizaciones empresariales. La victoria del partido republicano y el asesinato de McKinley llevó a la presidencia a Theodore Roosevelt quién realizó una ostentosa campaña de ataque público contra los *trusts*, denunciando la amenaza que éstos constituían para el desarrollo de la democracia y de las libertades individuales. Su actitud crítica y sus violentas y elocuentes manifestaciones contra las acumulaciones de poder económico le valieron el apelativo de “cazador de *trusts*” (*trust buster*)¹¹⁵. La

proteccionismo-”. En este sentido, vid. HOFSTADTER: “What happened to the antitrust movement?”, *cit.*, p.21. y las sesiones parlamentarias que precedieron a la aprobación de la *Sherman Act*, en las que se reflejan las dudas existentes sobre la extensión de las prohibiciones contenidas en las secciones primera y segunda, recogidas en FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, *cit.*, pp. 33 y ss.

¹¹³ El Tribunal Supremo también facilitó esta política de deriva, mediante su estrecha construcción de las normas *antitrust* y de otras leyes. Si bien sí consiguió desmotivar a las empresas respecto al recurso a cárteles y otras formas de cooperación [*United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S.290 (1897), *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898) y *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 156 U.S. 1 (1895)] hizo muy poco para desincentivar integraciones en una sola empresa legal. Vid. *ad. ex.* el caso Knight [*United States v. E.C. Knight Company*, 156 U.S. 1 (1895)], en el que, mediante una interpretación muy restrictiva de la cláusula de comercio y, por tanto, de la aplicabilidad de la normativa *antitrust* federal, el Tribunal Supremo alentó la consolidación y la concentración empresarial.

¹¹⁴ El gobierno mantuvo una actitud despreocupada frente a los *trusts*, ya que mantenía buenas relaciones con los empresarios y no quería impedir el crecimiento económico. Tanto la presidencia de Harrison, como la de Cleveland y la de McKinley se caracterizaron por una actitud indiferente, cuando no abiertamente hostil, frente a las normas *antitrust*, por unas relaciones cordiales con la clase empresarial y por la persecución de un número muy reducido de casos. Vid. *ad. ex.* las declaraciones del Fiscal General del Ministerio de Justicia durante la presidencia de Cleveland, sobre el fracaso judicial obtenido en la persecución del trust azucarero en el caso E.C.Knight: “Habréis observado que el Gobierno ha sido derrotado en el Tribunal Supremo en el caso del trust azucarero. Siempre supuse que así habría sido y he asumido la responsabilidad de no iniciar ninguna persecución en aplicación de una norma que no considero correcta...”, recogidas en: GELLHORN/KOVACIC: *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, St.Paul, Minn. 1994, p.26.

¹¹⁵ Pese a la aparente imagen *antitrust* del presidente Roosevelt y a sus discursos cargados de retórica, su política ha sido tachada de oportunista y el presidente,

presidencia de Taft, sucesor de Roosevelt, continuó –e intensificó– la política *antitrust* de su predecesor. De hecho, durante su mandato se decidió uno de los más célebres casos de la historia *antitrust* americana: la persecución y fragmentación de la Standard Oil Company¹¹⁶, por monopolización del mercado de petróleo mediante el recurso a prácticas anticompetitivas¹¹⁷.

El estallido de la I Guerra Mundial distrajo la atención de los problemas *antitrust*. Es más, empieza a generalizarse un ambiente conservador y de simpatía hacia la gran empresa, en atención a la devoción industrial al esfuerzo de la guerra y a la demostrada capacidad de la industria nacional para hacer frente a las necesidades del país. Ni la presidencia de Harding ni de la Coolidge se caracterizaron por su activismo en el terreno *antitrust*¹¹⁸.

La oleada de concentraciones producida tras la II Guerra Mundial despertó la preocupación social por la concentración de poder económico en

acusado de utilizar las normas *antitrust* por intereses meramente políticos. Si bien el número de casos *antitrust* ante los tribunales aumentó respecto al de las precedentes legislaturas, fueron perseguidos muchos menos de los que esta actitud pública de ataque a los *trusts* podría hacer prever. Los casos fueron cuidadosamente elegidos, se demandaba a empresas con muy mala reputación pública. Uno de los casos más importantes fue la demanda y posterior condena de la *Northern Securities Railroad Corporation* [*Northern Securities Co. v. United States* (193 U.S. 194 (1904))]. Criticada por algunos como un mero montaje, seleccionada específicamente por su potencial para despertar el interés público, dada la celebridad de los empresarios implicados, entre ellos el banquero J.P. Morgan, y utilizada por el presidente para ganar el apoyo de las clases medias y para persuadir al Congreso de la necesidad de adopción de su programa legislativo) Vid. FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, *cit.*, pp. 62 y ss.

¹¹⁶ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

¹¹⁷ En 1920, también se decide el caso contra otra gran empresa, la United States Steel Corp., pero en este supuesto, el Tribunal Supremo resuelve a favor de la legalidad del *trust*. Vid. *United States v. United States Steel Corp.*, 251 U.S. 417 (1920).

¹¹⁸ Una serie de decisiones en aplicación de la sección 2 de la *Sherman Act* reforzaron la distinción moral entre buenos y malos *trusts*. Standard Oil, ejemplo de los segundos y U.S. Steel, ejemplo de los primeros, se convirtieron en modelos de los *trusts* no razonables y razonables. En 1927, se decide *International Harvester*, que recoge las conclusiones de U.S. Steel. Sobre el declive de la política *antitrust* en el periodo comprendido entre 1918 y 1938, vid. KRAMER: “The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History”, 69, *Minnesota Law Review*, 1985, pp. 1032 y ss.

manos de unas pocas empresas¹¹⁹ y condujo a una interpretación extensiva y a una aplicación rigurosa de la normativa *antitrust*. El papel que los *Konzerne* en Alemania y los *Zaibatsu* en Japón habían jugado en la consolidación de los regímenes autoritarios, desató las viejas preocupaciones sobre la amenaza que para el funcionamiento de la democracia política suponía la acumulación de poder económico en manos de los agentes económicos privados¹²⁰. Estos sentimientos informan la aprobación de la Celler Kefauver Amendment Act de 1950 que modifica la sección 7 de la *Clayton Act* de 1914, intensificando el control sobre las operaciones de concentración interempresariales. El objetivo fundamentalmente perseguido a través de esta reforma, era la preservación de un mercado de unidades económicas pequeñas e independientes, un sistema descentralizado, en el que no se produjeran situaciones de poder económico susceptibles de alterar el equilibrio político y facilitar la ascensión de un Hitler al poder¹²¹.

¹¹⁹ Vid. Las declaraciones del presidente Franklin D. Roosevelt en 1938 sobre los riesgos de la concentración económica: “La libertad de la democracia no estará a salvo, si el pueblo tolera el crecimiento del poder privado hasta un punto en el que llegue a ser más fuerte que su propio Estado democrático... Entre nosotros se está produciendo actualmente una concentración de poder privado sin igual en nuestra historia...”, en FOX: “The modernization of antitrust”, *cit.*, p. 1150.

¹²⁰ Vid. EHLERMANN/LAUDATI: *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, *cit.*, p. 83.

¹²¹ Distintas declaraciones de los dos congresistas que dan nombre a la ley de reforma de la sección 7 de la *Clayton Act* ponen de manifiesto la importancia que asumía el control de la concentración del poder económico privado, como objetivo propio de la normativa *antitrust*, durante las décadas de los cincuenta y de los sesenta.

*“Quiero recalcar el peligro que implica esta tendencia hacia una cada vez mayor concentración empresarial. He leído, en un informe realizado por el anterior Secretario de Estado sobre la historia de la cartelización y concentración de la industria en Alemania, lo siguiente: “Alemania, en los albores del nazismo permitió la consolidación de un gran número de monopolios industriales en los sectores del carbón, del acero, del caucho y de otros materiales. Los monopolios pronto se hicieron con el control de Alemania, llevaron a Hitler al poder y forzaron virtualmente a todo el mundo a participar en la guerra.”... Yo no quiero ver a mi país seguir el camino de Japón o de Italia, o el camino de Alemania, ni siquiera el camino de Inglaterra” (Declaraciones del congresista E. Celler, recogidas por FOX: “The modernization of antitrust”, *cit.*, p. 1149).*

“Cuando las grandes corporaciones se unen para fijar los precios es socialismo capitalista que el pueblo americano nunca podrá tolerar. Antes

La aplicación judicial de la normativa *antitrust* durante los años sesenta y setenta fue fiel a este cometido. La competencia era definida por el Tribunal Supremo como un proceso que exigía numerosos participantes, proceso que requería la descentralización del poder económico¹²². El

el pueblo se volvería hacia otra clase de socialismo: el socialismo gubernamental, y nosotros no deseamos que esto ocurra” (Senador E. Kefauver. Investigación sobre la “Gran Conspiración de la Industria Eléctrica”, recogida en VILLEGAS: *Monopolio y Competencia, cit.*, p. 440.

“Los principios antitrust son un peculiar instrumento americano para la promoción y preservación de la competencia en un mercado libre. El Congreso ha declarado repetidamente su confianza en un sistema económico de empresas privadas competitivas como un método fundamental mediante el cual son liberadas las energías esenciales para una productividad industrial creciente y para el desarrollo tecnológico. Además de los beneficios económicos brindados por la competencia, nosotros, en los Estados Unidos, hemos reconocido que nuestras libertades políticas, bajo un Gobierno representativo, requieren el sólido fundamento de una economía libre. Creemos que para que una democracia sea fuerte, adaptable y progresiva debe asegurar sus libertades económicas” (Emmanuel Celler. Presidente del “Comité sobre la Jurisdicción” de la Cámara de Representantes. Introducción a la “Compilación de las Leyes Antitrust”, VILLEGAS: *Monopolio y Competencia, cit.*, p. 226.

¹²² Los planteamientos económicos de la denominada Escuela de Harvard ejercieron una notable influencia en el desarrollo de la política *antitrust* durante este periodo. Esta escuela, entre cuyos principales exponentes cabe destacar a Mason o a Bain, utilizaba como punto de partida de su análisis económico el conocido como paradigma de la estructura-conducta y resultado (*structure-conduct-performance*). Con arreglo al mismo se considera que la estructura de un mercado, es decir, el grado de concentración del mismo, condiciona la conducta de los agentes que en él participan, lo que determina a su vez los resultados económicos en ese mercado (rentabilidad, eficiencia, progreso tecnológico y crecimiento). Mediante el análisis empírico de diversas industrias americanas, los miembros de la Escuela de Harvard llegaron a una serie de conclusiones sobre los efectos que los caracteres estructurales de un mercado podían tener sobre los resultados económicos del mismo. En concreto, defendían que las estructuras de mercado altamente concentradas daban lugar al desarrollo de comportamientos que conducían a unos resultados económicamente ineficientes, como la reducción de la producción y el incremento del nivel de precios. La política *antitrust* durante los años cincuenta y sesenta acoge estos planteamientos, centrándose más en los remedios de carácter estructural que en el control del comportamiento de los agentes económicos. Vid. DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Madrid, 2003, pp. 41 y ss.; JONES/SUFFRIN: *EC Competition Law, cit.*, pp.20 y ss.; SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990, pp. 2 y ss. Así, durante este periodo se defendió la prohibición rigurosa de todas aquellas operaciones de concentración entre empresas que pudieran dar lugar a la formación de un oligopolio o al incremento del grado de la concentración en los mercados, como se refleja en las *Merger Guidelines* de 1968. Otras propuestas tuvieron menos éxito, como el intento de extensión del concepto de acuerdo de la sección 1 de la *Sherman Act* a las prácticas conscientemente paralelas o la aplicación a estas conductas de la sección 2 de la *Sherman Act*, que

incremento del grado de concentración de los mercados, por definición, lesionaba la competencia al eliminar fuentes independientes de esfuerzo competitivo. Esta política se observa de forma clara en la aplicación de las normas en materia de control de la concentración empresarial¹²³, pero también está presente en el tratamiento de determinadas prácticas empresariales en las que no se hallaban implicadas concentraciones, así en las restricciones verticales de la competencia¹²⁴ y en la aplicación de la sección 2 de la *Sherman Act*, referida a las conductas monopolizadoras¹²⁵.

A finales de los sesenta, con el crecimiento progresivo de la influencia de determinadas escuelas de pensamiento económico¹²⁶, empieza a perder fuerza este objetivo descentralizador. La preocupación por el gigantismo y la acumulación de poder económico va a ser paulatinamente desplazada por

prohíbe la monopolización de mercados. Tampoco llegaron a cuajar nunca las propuestas de algunos autores (vid. KAYSEN/TURNER: *Antitrust Policy*, Cambridge, 1959, pp. 44 y ss.; TURNER: "The Scope of Antitrust and other Economic Regulatory Policies", 82 *Harv.L.Rev.*, 1969, pp.1207 y ss.) de aprobación de normativa de desconcentración forzosa de mercados integrados por unos pocos oferentes. Con arreglo a las mismas se pretendía la fragmentación de los oligopolios, siempre que la concentración no fuera el resultado de la presencia de economías de escala en una determinada industria o de la titularidad de derechos de propiedad industrial. Sobre la convergencia durante las décadas de los cincuenta y de los sesenta de la teoría económica y de los valores políticos y sociales dominantes, vid. HAWK: "La révolution antitrust américaine", *cit.*, p. 12; PITOFSKY: "The political content of antitrust", *cit.*, pp. 1051 y ss; SULLIVAN: "Antitrust, Microeconomics and Politics", *cit.*, pp. 1 y ss

¹²³ *Ford Motor Co. v. United States*, 405 U.S. 562 (1972); *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966); *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

¹²⁴ *United States v. Topco. Ascocs., Inc.*, 405 U.S. 596 (1972); *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research Inc.*, 395 U.S. 100 (1969); *Fortner Enterprises Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495 (1968); *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968); *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U.S. 12 (1964); *United States v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38 (1962); *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960); *Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1 (1958); *United States v. United Shoe Mach. Corp.*, 347 U.S. 521 (1954).

¹²⁵ Vid. BLAKE/JONES: "Toward a three dimensional antitrust policy", *cit.*, pp. 433 y ss.

¹²⁶ Vid. Reflexiones anteriores sobre la trascendencia del análisis económico del derecho y de los planteamientos de la Escuela de Chicago en la evolución de la política *antitrust* estadounidense, *supra*, I.

un intento de mejorar la eficiencia económica, que va a pasar a convertirse en el objetivo primordial de la normativa *antitrust*¹²⁷.

1.2. Comunidad Europea

El objetivo descentralizador no se manifestó con la misma intensidad que en el ámbito estadounidense en el proceso de aprobación de la normativa comunitaria de libre competencia¹²⁸. Ni en Europa existían unos sentimientos tan acusados de desconfianza hacia la intervención pública en la ordenación de la vida económica¹²⁹ ni el grado de concentración de los mercados europeos había alcanzado unas proporciones semejantes a las existentes en la economía norteamericana, por lo que el gigantismo empresarial no representaba un problema de paralela envergadura.

¹²⁷ La profesora FOX sintetiza este cambio en los intereses protegidos por la normativa estadounidense de la competencia en el título de una de sus publicaciones: “The New American Competition Policy –From **Anti-trust** to **Pro-Efficiency**”, *ECLR*, 1981, pp. 439 y ss.

¹²⁸ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ señalan como, a diferencia del Derecho estadounidense que asumió como punto de partida y objeto de defensa, la competencia atomística, en el Derecho europeo se siguió una actitud mucho más cauta, centrada en la defensa no ya de la competencia perfecta, sino de la competencia eficaz o efectiva (*workable competition*). Vid. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, cit., p. 297.

¹²⁹ Desde la perspectiva de ordenación de la vida económica, la competencia no ha sido vista en el ámbito europeo como un fin en sí mismo, sino como un instrumento entre otras alternativas posibles, que pueden ser igualmente válidas para la ordenación de la vida económica. Jacquemin recalca como en Europa, la competencia se ha visto usualmente con mayor relativismo que en EE.UU.: “... La competencia, se aduce, es un medio, entre otros y su mantenimiento reglamentario no queda justificado más que en la medida en que permite alcanzar los objetivos de una forma más eficaz de lo que sería posible, valiéndose de instrumentos alternativos de control tales como la concertación o la reglamentación directa ejercida por el Estado”, *Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*, Barcelona, 1980, p. 18. Europa ha mostrado tradicionalmente una actitud mucho más tolerante que EE.UU. frente a la intervención del Estado en la economía y, si bien, en la actualidad, tras la crisis del Estado de bienestar se ha tomado conciencia de las limitaciones del Estado en el manejo de la economía y se ha iniciado una tendencia a dar mayor importancia al mercado, al Estado aún se le atribuye un papel importante en la ordenación de la economía. “Europa no es América y los argumentos sobre la necesidad o no de regulación gubernamental no suenan de igual manera en los oídos europeos y en los americanos”, JONES/SUFFRIN: *EC Competition Law*, cit., p.2.

En sus orígenes, la política comunitaria de la competencia perseguía dos objetivos fundamentales. Por una parte, impulsar -y garantizar-el correcto desarrollo del procedimiento de integración europea, sancionando la comisión de prácticas empresariales susceptibles de compartimentar el mercado común según las fronteras nacionales (p.e. acuerdos de reparto de mercados). Junto a este papel nuclear en el proceso naciente de integración de los mercados de los Estados miembros, a la normativa comunitaria también se le encomendó la función de potenciar la competitividad de las empresas europeas, muy débiles en relación a sus rivales japonesas o americanas¹³⁰. Objetivo que se manifiesta en diversos aspectos de la regulación jurídica contenida en el Tratado de la CE.

En primer lugar, y a diferencia de su homólogo americano, el artículo 82 no prohíbe la mera tenencia de un monopolio, sino única y exclusivamente la explotación abusiva del mismo¹³¹.

Por otra parte, el Tratado de Roma no previó un régimen específico en materia de concentraciones. La ausencia de un control sistemático de las operaciones de concentración entre empresas en el Tratado de Roma obedeció al deseo de fomentar el proceso concentrativo. No se preveía un sistema de control, porque no se quería que el movimiento de concentración del poder económico estuviera sujeto a ningún tipo de limitación jurídica. Se consideraba que el crecimiento empresarial externo, actuado mediante el

¹³⁰ Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo I, cit.*, p. 16.

¹³¹ “Los europeos tienen una tradición política diversa. Ellos suelen ser menos hostiles a la regulación gubernamental de los mercados y más escépticos a considerar a las empresas privadas como servidores del interés público. (...) El núcleo de la legislación estadounidense era la proscripción de transacciones que crearan el poder de imponer precios excesivos, mientras que el fundamento del artículo 86 (actual artículo 82) del Tratado de la CE era limitar -o controlar- el ejercicio de una posición dominante ya adquirida”. Vid. FOX: “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness”, *Notre Dame Law Review*, 1986, p.983. Vid. en este sentido, sobre la base del Derecho español, pero con reflexiones trasladables al ámbito comunitario, RODRÍGUEZ ARTIGAS: “Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia” en AA.VV.:*Libro Homenaje al Profesor A. Menéndez*, Tomo I, Madrid, 1996, p. 984.

recurso a operaciones de concentración entre empresas pertenecientes a los Estados miembros permitiría la consecución de las ventajas ligadas a las economías de escala, facilitaría el proceso de integración europea y reforzaría la posición de la industria europea en el mercado global¹³².

Ahora bien, el progreso constante de la concentración en Europa, principalmente durante la década de los sesenta¹³³, alertó a las autoridades comunitarias sobre los peligros que la misma podría implicar en el mantenimiento de un régimen de competencia eficaz en el mercado y reveló

¹³² En el marco de la CECA sí se preveía un mecanismo jurídico de control de las operaciones de concentración. Razones, tanto políticas como económicas, explican la existencia de estas previsiones. En primer lugar, en la base de la decisión de sujeción del crecimiento empresarial externo en los sectores del carbón y del acero al control de una autoridad europea supranacional se encontraba el temor de las potencias aliadas a un resurgir del poderío industrial alemán (Vid. SPIERENBURG/POIDEUIN :*Histoire de la Haute Autorité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (une expérience supranationale)*, Bruselas, 1993). La diversa evolución normativa en el tratamiento de las concentraciones empresariales en los distintos mercados europeos puede encontrar también justificación en circunstancias de carácter económico. Los sectores del carbón y del acero, por sus particulares características estructurales, precisan de fuertes inversiones. Además, tanto la producción como la distribución de productos carboníferos y siderúrgicos requieren notables esfuerzos de racionalización. La eficiencia económica exige la existencia de grandes empresas. Se trata, por tanto, de mercados fuertemente oligopolísticos, repartidos entre pocas empresas de gran tamaño. Esta tendencia natural a la concentración fue tomada en cuenta a la hora de delimitar la política de la competencia que debería ser seguida en el mercado CECA. El mantenimiento de un orden concurrencial eficaz requería, no sólo que se prohibieran conductas empresariales especialmente restrictivas de la competencia, como las prácticas colusorias o el abuso de posición dominante, sino que también esta tendencia natural a la concentración pudiera ser mantenida dentro de unos límites razonables. Se encomendaba a la Alta Autoridad velar para que los procesos de crecimiento externo de las empresas, no desembocaran en la consolidación de posiciones monopolísticas o cuasi monopolísticas en el mercado. Vid. CALVO CARAVACA/GOÑI URRIZA: *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid, 1999, pp. 41 y ss.; DI PIETRO: "La revisione del regolamento CEE n. 4064 del 21 dicembre 1989 sul controllo delle operazioni di concentrazione nelle proposte degli organi comunitari", Riv. It. Dir. Pub. Comm., vol. 7.2, 1997, p. 506 ; CERRAI: *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*, Milán, 1983, p. 51.

¹³³ BORSCHETTE, "Les controles européens des concentrations", 168, RMC, 1973, p. 355, recoge una serie de cifras que reflejan el gradual aumento de las operaciones de concentración en Europa. De 1962 a 1970 el número anual de concentraciones en los seis países, miembros originarios de la CE, se triplica. En Alemania, el porcentaje poseído por las cien mayores empresas en la cifra de negocios total de la industria, pasó del 3,4% en 1954 al 50% en 1969 y en Gran Bretaña del 26% en 1953 al 50% en 1970.

la necesidad de una intervención normativa al respecto¹³⁴. En un primer momento el control de estas operaciones se llevó a cabo de forma indirecta, recurriendo a las normas previstas en el Tratado en materia de posición dominante¹³⁵ y ententes¹³⁶. Estas normas pronto se revelaron insuficientes para un control completo y sistemático del fenómeno concentrativo y se intentó la adopción de una normativa específica en materia de concentraciones. La primera propuesta de regulación *ad hoc* tiene lugar en 1973, abriendo un largo periodo de negociación¹³⁷ que sólo culminaría en

¹³⁴ BORSCHETTE (“Les controles européens des concentrations” *cit.* p. 355), miembro de la Comisión de la CE en el momento de publicación del artículo citado, señala como las modificaciones de las estructuras de mercado, consecuencia del proceso de concentración pueden amenazar el mantenimiento de una competencia eficaz y alerta contra los peligros que para el principio concurrencial pueden implicar estas operaciones. [...] Gracias a la concentración las empresas pueden adquirir una posición en el mercado que les permita actuar de forma independiente, sin estar sujetas a las presiones de la competencia. La constitución y el refuerzo de posiciones dominantes son, por naturaleza, generadoras de abusos frente a los usuarios, incluso si posibilitan la consecución de importantes economías de escala. Estas empresas no están sujetas a la obligación de adaptar los precios, la cantidad y la calidad de sus productos a la evolución de la demanda. Además, todo parece indicar que, a partir de un determinado umbral, la gran dimensión no es favorable ni a la rentabilidad, ni al empleo ni al crecimiento de una empresa [...] Hay que añadir que un grado elevado de concentración en un sector permite a las empresas dominantes obstaculizar el acceso a los mercados de nuevos productores[...]

¹³⁵ STJCE de 21 de febrero 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. C. Comisión des Communautés européennes* 6/72, Rec., p.215.

¹³⁶ Vid. STJCE de 17 de noviembre de 1987 [*British American Tobacco Company Ltd y otros/Comisión*, 142 y 156/84, Rec. P.4566].

¹³⁷ Sobre el proceso de aprobación del Reglamento 4064/89, vid. Los Informes sobre Política de la Competencia publicados anualmente por la Comisión y, entre la doctrina, principalmente: BELLO MARTÍN CRESPO: *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Pamplona, 1997, pp. 87 y ss.; CERRAI: *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*, *cit.*, pp. 250 y ss.; DECHERY: “Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations”, RTDE, núm. 26, 1990, pp. 307 y ss.; DUQUE DOMÍNGUEZ: “El régimen de las concentraciones de empresas en el ordenamiento de la Unión Europea” en *La integración económica europea*, Valladolid, 1996, pp. 492 y ss.; IDEM: “El régimen de las concentraciones de empresas en la CEE”, *Castilla y León en Europa*, núm. 12, 1988, pp. 5 y ss.; DI PIETRO: “La revisione del regolamento CEE n. 4064 del 21 dicembre 1989 sul controllo delle operazioni di concentrazione nelle proposte degli organi comunitari”, *cit.*, pp. 526 y ss.; WINCKLER/GERONDEAU: “Étude critique du Règlement CEE sur le contrôle des concentrations d’entreprises”, Rev. March. Comm. Núm. 339, 1990, pp. 541 y ss.

1989 con la aprobación del Reglamento núm. 4064/89¹³⁸. La aprobación de esta importante norma, recientemente derogada por un nuevo Reglamento sobre control de las concentraciones entre empresas¹³⁹, supuso el reconocimiento de los riesgos unidos a un excesivo grado de concentración de los mercados, riesgos que se manifiestan tanto desde una perspectiva económica –dificultar la consecución de la eficiencia- como política –amenaza al desarrollo de la democracia política-¹⁴⁰.

2. Protección de la oportunidad y libertad de las empresas para competir en base a sus méritos empresariales

Como vimos anteriormente, el Derecho de la libre competencia surge con un doble y ambiguo cometido: institucional –preservación del sistema de economía de mercado- y subjetivo –protección de las libertades individuales-.

El reconocimiento, generalmente al más alto rango normativo, de la libertad de empresa, supone la consagración del derecho de todo ciudadano a participar activamente en el tráfico económico. Como señala MASSAGUER implica “el derecho a concurrir y competir con otros dedicados a la misma actividad”¹⁴¹. En principio, entre los elementos que lo integran cabe señalar

¹³⁸ Reglamento (CEE) n° 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, *sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*. [DO L395/1, de 30 de diciembre de 1989].

¹³⁹ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 *sobre el control de las concentraciones entre empresas*.

¹⁴⁰ Vid. las declaraciones del ex-comisario de competencia Karel Van Miert sobre los objetivos del Derecho de la competencia comunitario: “... los objetivos de la política de la competencia de la Comisión Europea son económicos, políticos y sociales. Esta política no se centra sólo en la promoción de una producción eficiente sino también en la consecución de los objetivos de los Tratados Europeos... A esto debe añadirse la necesidad de salvaguardar una democracia pluralista, que no podría sobrevivir a una fuerte concentración del poder económico...”, citado en FOX: “What is harm to competition?”, *cit.*, p. 392, nota 64.

¹⁴¹ Vid. MASSAGUER FUENTES: “Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, *cit.*, pp. 245 y ss.

la libertad de acceso al mercado –y la libertad de salida del mismo-, junto a la libertad de determinación de las condiciones en las que ha de tener efecto el desarrollo de la actividad económica¹⁴².

Si bien, en un primer momento, este derecho se predica sobre todo frente a los poderes públicos, cuándo comienza a ser efectivo se observará como puede verse amenazado también por los propios agentes económicos privados que, en aras de esa libertad reconocida, pueden llevar a cabo conductas que limiten o imposibiliten el ejercicio de esa libertad por parte de terceros.

El Derecho de la competencia reconoce la existencia de ese peligro¹⁴³ y se atribuye como objetivo propio la protección de la libertad de los agentes económicos frente a conductas de exclusión provenientes de otros sujetos privados¹⁴⁴. El principal problema que este objetivo plantea es el de su

¹⁴² Libertad que se manifiesta tanto en el polo de los oferentes –libertad de elección del tipo de actividad y de las condiciones de contratación- como en el de los demandantes –libertad de elección para contratar con cualquiera de los oferentes, en especial, por parte de los consumidores y usuarios.

¹⁴³ Vid. BUSSANI/CENDON: *I contratti nuovi: casi e materiali di dottrina e giurisprudenza, leasing, factoring, franchising*, Milán, 1990, p. 475. “La disciplina *antitrust* está orientada a garantizar una plena y efectiva realización del derecho a la iniciativa económica privada. Derecho propio de todos los sujetos que se enfrentaría al riesgo de verse invertido cada vez que los mecanismos del mercado restringieran desmesuradamente la libertad de competencia”.

¹⁴⁴ Este interés puede enfocarse desde una perspectiva más amplia, que englobaría la prescripción de todas aquellas conductas provenientes de agentes económicos privados que pueden impedir el ejercicio de la libertad de empresa, en sus diversas manifestaciones, como la libre determinación de las condiciones de ejercicio de la actividad empresarial. Así, en sus orígenes, el *common law* británico, -origen del actual Derecho de la libre competencia estadounidense- sancionaba las restricciones de la libertad de comercio (*restraints of trade*), incluyéndose dentro de éstas, la imposición contractual de las condiciones con arreglo a las cuales la actividad profesional había de desarrollarse, por ejemplo, fijación de los precios de reventa o imposición de obligaciones de no competir. Estas prohibiciones fueron siendo matizadas con arreglo a la doctrina de las restricciones accesorias, de tal forma que las limitaciones de la libertad de terceros no entrarían dentro de la conducta prohibida si eran necesarias para la correcta realización de un acuerdo más amplio. (Vid. *Monopolies and Restraints of Trade in England* en FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, cit., pp. 11 y ss.). Esta faceta de protección de la libertad de empresa de terceros también ha sido alegada en la evaluación de determinados acuerdos verticales, por ejemplo, la consideración de la protección de la libertad del distribuidor o del franquiciador en el establecimiento de las condiciones de venta y distribución de los bienes o servicios. La configuración general como accesorias de estas restricciones y la pérdida de

delimitación ya que la libertad de empresa se desarrolla en un marco caracterizado, precisamente, por la sustitución de unos agentes por otros. El mercado (la esencia de su funcionamiento) y la lucha concurrencial implica inexorablemente la renovación de los agentes económicos que intervienen en el mismo. De forma gráfica podemos ver el mercado como un enorme tablero de juego: en principio todos los ciudadanos tienen derecho a participar, pero durante el desarrollo de este juego, algunos jugadores van a ir siendo eliminados, mientras que otros van a seguir avanzando en los casilleros. No todos ellos pueden alcanzar las casillas finales ya que, de hecho, el avance de uno de los jugadores va a implicar el retroceso –o el abandono necesario del juego- de otros. Ahora bien, éste, como todos los juegos, está sujeto en su desarrollo a una serie de reglas. El juego del mercado ha de basarse en los méritos empresariales de los competidores. Aquellas empresas con superiores virtudes –más eficientes, más dinámicas, más innovativas- que consiguen el favor de los consumidores, ganan, mientras aquellas empresas que no logran hacerse con los mismos, pierden¹⁴⁵.

importancia de la protección de la libertad del empresario en la fijación de las condiciones de desarrollo de su actividad económica como elemento a tener en cuenta en la configuración del ilícito competitivo, aconsejan que en este apartado nos centremos en la forma más grave de lesión de la libertad de empresa, que es la imposibilidad –o la grave obstaculización- para su propio ejercicio (cierre de los mercados).

¹⁴⁵ El profesor FIKENTSCHER recalca entre los valores que han de informar el desarrollo del mercado competitivo, el principio de la justicia de la prestación, que exige que la asignación de ingresos se determine conforme al valor de mercado de las prestaciones. Por tanto, al Derecho de ordenación del mercado compete, junto a las funciones económicas, una función político-jurídica, orientada a garantizar la relación entre ingresos y valor de las prestaciones. “Con arreglo a esta función, el juicio de valoración sobre el injusto se basa en la idea de ventaja indebida, las limitaciones a la competencia proporcionan una ventaja económica, que no se basa en la prestación de un servicio. El principio de prestación de un servicio real y efectivo constituye el fundamento general del Derecho de la competencia, tanto del Derecho de la competencia que se refiere a la calidad de la competencia, como también del Derecho de las limitaciones de la competencia, que protege, sobre todo, la existencia misma de la competencia. El bien jurídico protegido es la actividad honrada y conseguida gracias al riesgo y al esfuerzo. No deben poder exigirse ganancias inmerecidas. El simple poder no es un mérito. Tener influencia no debe significar tener ganancias. Su autor es sancionado y tiene que pagar una indemnización. (...) A cada uno lo suyo significa en el Derecho antimonopolio: la capacidad conseguida honradamente y con esfuerzo debe ser distinguida; el simple poder, el simple influjo, los simples ataques por sorpresa no son un *suum* reconocido por el derecho”, vid. FIKENTSCHER: “Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)”, *cit.*, pp. 494 y ss.

La idea de lucha y de protección de la supervivencia de los mejores está presente en la normativa *antitrust*. Así, como regla general, no se prohíbe la adquisición de un monopolio o de una posición de poder en el mercado si ésta obedece a la mejor actuación, al éxito de una empresa¹⁴⁶, pero también se tiene en consideración la necesidad de sanción de aquellas conductas, no basadas en los superiores méritos empresariales que conducen a una exclusión de los competidores del mercado.

El principal problema que se plantea es, por tanto, de delimitación. ¿Cuándo la exclusión es fruto del funcionamiento competitivo de los mercados y, por tanto, los agentes económicos deben soportarla, en cuanto

Este objetivo se enmarca dentro de un debate más amplio sobre la necesidad de tutelar desde el Derecho antimonopolio la lealtad y la justicia en las transacciones comerciales, debate que obtiene diferentes respuestas en el ámbito estadounidense y en el comunitario. En el primero, actualmente, han desaparecido prácticamente las referencias en la conformación del ilícito *antitrust* a la lealtad o la justicia de las conductas empresariales y se ha abogado por una confianza en el poder punitivo del propio mercado de las eventuales lesiones de los intereses de los consumidores o de otros competidores que se produzcan a través de determinadas conductas empresariales de carácter explotativo, por ejemplo, imposición de precios excesivos (Vid. FOX: “What is harm to competition?”, *cit.*, pp. 370 y ss.). El Derecho comunitario parte, por el contrario, de una mayor desconfianza en la capacidad autocorrectora de los mercados, asumiendo una actitud mucho más intervencionista que se manifiesta, por ejemplo, en la tipificación como abuso de posición dominante de determinadas prácticas de naturaleza explotativa, como la imposición de precios excesivos o condiciones no equitativas de venta, la negativa a contratar o a suministrar información, etc. que suponen una protección directa de los intereses de las empresas y particulares que se relacionan con la empresa en posición dominante (Vid. HAWK: “La révolution antitrust américaine”, *cit.*, pp. 35 y ss. Sobre la distinción entre abusos de carácter explotativo y anticompetitivo, vid. MARENCO: “Le due anime dell’ articolo 86”, *Dir.comm. e degli scambi int.*, 1986, pp. 11 y ss.; PELLISÉ CAPELL: *La “explotación abusiva” de una posición dominante*, *cit.*, pp. 210 y ss.).

¹⁴⁶ Vid. las afirmaciones del juez HAND en el célebre caso *Alcoa (United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416, 1945): “Un solo productor puede ser el superviviente de un grupo de competidores, simplemente por su superior pericia, previsión y actividad. En tales casos puede encontrarse un buen argumento para justificar que aunque el público quede expuesto a los peligros del monopolio, la Ley no significa que tenga que condenar los resultados de las mismas fuerzas, cuyo primer objetivo es promover... El competidor que tenga éxito, habiendo sido inducido a competir, no debe ser atacado cuando triunfa...”. En el ámbito europeo, el artículo 82 del Tratado de Roma no prohíbe a una empresa dominante reforzar su posición en el mercado mediante el crecimiento interno. Es perfectamente lícito que una empresa aumente su posición de poder en el mercado, incluso llegando a obtener un monopolio absoluto, siempre que no lo realice mediante el recurso a medios abusivos. Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo I, cit.*, p. 364.

constituye la esencia del sistema elegido o cuándo, por el contrario, obedece a una ruptura de las reglas del juego y la exclusión no se basa en los superiores méritos de la empresa excluyente?¹⁴⁷ El Derecho *antitrust* se enfrenta a esta difícil pregunta, ya que, en el primer caso, la conducta no sólo no ha de ser prohibida, sino alentada, en cuanto responde al funcionamiento deseado de los mercados y se presume en interés social, debiéndose sancionar en el segundo, que constituye por el contrario, una vulneración del sistema, generadora de un perjuicio para la colectividad¹⁴⁸.

Este objetivo se dirige, por tanto, a la preservación de mercados abiertos, a garantizar el acceso y la permanencia en los mercados de las empresas frente a conductas de otros agentes de carácter excluyente que no estén justificadas por razón de su mayor eficiencia. Desde otra perspectiva, también cabe englobar dentro de este objetivo general otra faceta de protección de los consumidores, como es la de la tutela de sus posibilidades de elección.

La garantía por parte de los poderes públicos del carácter abierto de los mercados, instrumentada a través de la normativa antimonopolio, ocupa un lugar preeminente en la conformación de la política comunitaria de la competencia, y lo tuvo en el ámbito estadounidense, si bien en éste observamos, en las últimas décadas, una aminoración de su importancia y su sustitución por una política basada, más en los resultados inmediatos de una práctica empresarial desde el punto de vista de la eficiencia

¹⁴⁷ Vid. las afirmaciones del juez JACKSON en el caso *Microsoft* (253 F.3d. párrafo 59) “Puede ser muy difícil determinar cuando un acto concreto de un monopolista es excluyente (refiriéndonos a la exclusión anticompetitiva) en lugar de simplemente una forma de competencia vigorosa. Tanto los instrumentos de una exclusión ilícita como los de una competencia legítima son innumerables. Los tribunales encargados de aplicar la normativa *antitrust* se enfrentan al reto de establecer una regla general que permita distinguir entre actos de exclusión, que reducen el bienestar social, y actos competitivos que lo incrementan”. En el mismo sentido, vid. SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, *cit.*, p.299.

¹⁴⁸ Vid. *ad.ex.* la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense en el caso *Spectrum Sports, Inc. v. Maquillan* (506 U.S. 447, 458, 1993): “El objetivo de la *Sherman Act* no es proteger a las empresas del funcionamiento de los mercados, es proteger al público de su fracaso. La ley no se dirige a conductas competitivas, por muy agresivas que éstas sean, sino frente a conductas que tienden injustamente a destruir la propia competencia”.

asignativa que en sus efectos sobre el posible cierre o exclusión de los mercados de otros competidores.

El mayor riesgo que la interpretación y aplicación de la normativa *antitrust* conforme a este objetivo de protección de los mercados abiertos y de la libertad de empresa presenta, es que puede desembocar en una protección *per se* de los competidores, con independencia de las bondades o beneficios económicos derivados de la conducta aparentemente “excluyente”¹⁴⁹, generándose situaciones de ineficiencia que, en último término, redundarían en perjuicio de los consumidores y en una perversión de todo el sistema¹⁵⁰.

¹⁴⁹ En este sentido, vid. ZANON: “Ties in patent licensing agreements. (Commission decision VAESSEN/MORIS)”, *ELR*, 1980, p. 348, quien alerta sobre los riesgos de identificar automáticamente, sin acudir a constataciones empíricas, lesión a los competidores con lesión a la competencia.

¹⁵⁰ En conexión con el riesgo señalado se encuentra el problema de la determinación del papel que ha de adoptar el Derecho de la libre competencia frente a la pequeña y mediana empresa. Si bien en economías en las que la adopción de un sistema de libre mercado como modelo de organización de la vida económica es reciente y éste no se encuentra todavía afianzado, la protección de las empresas de menor dimensión a través de las normas antimonopolio adquiere una especial relevancia, al operar como mecanismo nivelador de las condiciones de acceso al mercado y ejercicio de la actividad económica –dar a todos los jugadores el mismo número de fichas para empezar a jugar-, en los casos en los que el sistema se halle consolidado esta finalidad proteccionista ha de matizarse ya que, puede degenerar en una desvirtuación de la propia naturaleza del sistema y redundar en perjuicio de los consumidores. (Vid. La contribución del profesor WOLF en EHLERMANN/LAUDATI: *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, cit).

El profesor IMMENGA (*El mercado y el derecho*, cit., p. 28), señala como las empresas de menor dimensión buscan protegerse frente al poder del mercado, adquiriendo una posición especial en la ley contra las restricciones a la competencia. (De hecho, algunos autores las han enumerado entre los principales enemigos del Derecho *antitrust* - BLAKE/JONES: “In defense of antitrust”, cit., pp. 377 y ss-). Este *lobby* ha conducido en ocasiones a la adopción de normativa -ya sea dentro del marco de la normativa antimonopolio, como configuración del ilícito competitivo, ya como excepción a la misma- cuyo efecto es parapetar al pequeño empresario de los rigores de la competencia.

En este sentido, una de las normas *antitrust* estadounidenses que más polémica ha suscitado es la Robinson Patman Act. Esta norma, aprobada en 1936, configura como ilícito competitivo determinadas políticas de precios discriminatorios y ha sido objeto de numerosas críticas, tanto por parte de las agencias administrativas como de amplios sectores doctrinales. La doctrina ha puesto de manifiesto que la razón que motivó la aprobación de esta norma, no fue tanto la tutela de la competencia en su conjunto, como la protección del pequeño comerciante frente a la amenaza creciente que representaba para su futuro el desarrollo de las grandes

superficies comerciales que, gracias al volumen de negocio y de pedido y a su mayor capacidad financiera, obtenían de los proveedores unas condiciones económicas más ventajosas que colocaban a los vendedores independientes en una situación de desventaja competitiva (Vid. DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, cit., pp. 51 y ss.). Esta ley ha sido acusada de crear barreras de protección del pequeño comerciante, impidiendo la actuación o el desarrollo de determinadas políticas por parte de empresas más eficientes, lo que ha resultado en una lesión de los intereses de los consumidores (ARMENTANO califica esta ley de “manifiestamente contraria a los consumidores”, vid. ARMENTANO: “Time to repeal antitrust regulation?”, cit., pp. 311 y ss; en el mismo sentido, BLAKE/JONES: “In defense of antitrust”, cit., pp. 377 y ss.; IDEM: “Toward a three dimensional antitrust policy”, cit., pp. 433 y ss.; ELZINGA: “The goals of antitrust: other than competition and efficiency, what else counts?”, cit., pp. 1191 y ss.) No sólo la doctrina ha denunciado las provisiones de la Robinson Patman Act por parte de las agencias administrativas también se ha manifestado la reticencia a aplicar esta ley como instrumento de tutela de la libre competencia. FOX (“The New American Competition Policy”, cit., p. 448) recoge las palabras de William Baxter, fiscal general al frente de la División antitrust del Ministerio de Justicia durante la presidencia de Ronald Reagan, sobre la Robinson Patman Act durante una conferencia pronunciada ante abogados especializados en Derecho de la competencia: “La Robinson Patman Act es la ley de la nación. Mi intención es hacer lo máximo posible para impedir restricciones artificiales de la producción que den lugar a un incremento de los precios que han de pagar los consumidores por los bienes y servicios. Perseguiré cualquier conducta que se halle comprendida en la Robinson Patman Act que pueda producir estos efectos”. La audiencia se rió.

La misma finalidad de protección del pequeño empresario, principalmente en el terreno de la distribución, determinó la adopción de normativa en materia de precios discriminatorios, tanto en la Unión Europea, como en los Estados miembros. En España, la reforma del artículo 6 de la LDC, referido al abuso de posición dominante, introducida por la Ley de 28 de diciembre de 1999, ha modificado la conformación de la cláusula general prohibitiva para incluir junto a la explotación abusiva de una posición de dominio en el mercado, la prohibición de una explotación abusiva de la situación de dependencia en que pueden encontrarse empresas proveedoras o clientes. Esta diferenciación dentro de la cláusula general, puede obedecer a la preocupación levantada, fundamentalmente en algunas regiones, como Cataluña, por los recientes y cada vez más numerosos acuerdos de cooperación y concentraciones en el sector de la distribución comercial.

Por otra parte, la Comisión europea reconoce que los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas o las ayudas a las mismas tienen generalmente escaso efecto sobre la competencia, pero pueden, por el contrario, ser necesarias para garantizar su competitividad, al permitir compensar de este modo la limitación de sus recursos. Vid. EHLERMANN: “Politique actuelle de la Commission en matière de concurrence”, RMC n°371, 1993, p. 702. La política comunitaria en materia de precios predatorios también refleja, a juicio de un sector doctrinal, más un intento de protección de los pequeños competidores que una preocupación real por los efectos en el mercado de la conducta. Esta afirmación se basa en que, a diferencia del sistema estadounidense, en el ámbito comunitario, sólo se exige para sancionar la conducta, que el precio de los productos sea inferior a un determinado nivel de costes, no precisándose prueba de la posibilidad de recuperación futura de las pérdidas sufridas por parte de la empresa que ha recurrido a la venta bajo coste. Vid. VAN DER BERGH: “The difficult reception of economic analysis in European Competition Law”, en AA.VV.: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham- Northampton, 2002, pp. 40 y ss.

La tutela de la posibilidad de ejercicio de la libertad de empresa frente a conductas excluyentes, como instrumento necesario para garantizar el correcto desarrollo y

2.1. EE.UU.

En EE.UU. el objetivo de garantizar a cada individuo en la economía el derecho a emprender un negocio o llevar a cabo actividades de consumo en el marco de un proceso competitivo constituyó el fundamento de

funcionamiento de los mercados competitivos, se va a dirigir o esgrimir, generalmente, contra las actuaciones de empresas con posibilidad efectiva de lesionar o impedir el ejercicio de esa libertad por parte de terceros, es decir, contra empresas en una especial situación de poder en el mercado. Desde esta perspectiva, el Derecho *antitrust* adquiere una función protectora del “débil”, de las empresas en una situación menos ventajosa frente a las grandes unidades empresariales y susceptibles de ser víctimas de los abusos de éstas. Ahora bien, esta función tuitiva ha de basarse –si se quiere mantener un mínimo grado de coherencia con el sistema de ordenación de la vida económica elegido (libre mercado) y con la filosofía que informa el mismo- en la prescripción de conductas que tengan como efecto la exclusión de los mercados de competidores actuales o el cierre de los mismos a competidores potenciales siempre y cuando éstas no sean fruto de los superiores méritos empresariales de la empresa que las lleva a cabo. El juicio de valoración ha de proyectarse, por tanto, en la naturaleza de la conducta cometida –teniendo en cuenta la especial responsabilidad que, al menos en el Derecho comunitario cabe exigir a las empresas con poder de mercado para que su conducta no falsee la competencia- pero no en el tamaño de las empresas que sufren las consecuencias de la misma. El mercado se fundamenta en la idea de lucha por la supervivencia, lucha que implica la exclusión del mismo de las empresas ineficientes, que no sean capaces de adaptarse a los rigores de la rivalidad competitiva, y el éxito y permanencia de las empresas más eficientes. La labor del Derecho de la competencia ha de centrarse en la racionalización del mercado, y en garantizar que el “darwinismo evolutivo” se desarrolle en atención a los méritos empresariales y que no sean erigidas “barreras artificiales” por parte de las empresas más poderosas que imposibiliten o dificulten el desarrollo de las empresas de menor dimensión. Por tanto, el Derecho de la competencia debe asumir como objetivo propio la protección de los empresarios víctimas de prácticas basadas en el ejercicio de poder económico que no sean manifestación de una legítima rivalidad económica, pero no la discriminación a favor del pequeño empresario simplemente por su tamaño (la adopción de un régimen de control de las ayudas públicas a nivel comunitario se fundamenta en esta misma idea de evitar el mantenimiento artificial en el mercado de empresas ineficientes). Si algunas empresas no pueden competir porque son ineficientes –como consecuencia de su tamaño o por cualquier otra razón- no merecen ser tratadas como una clase especial ni ser objeto de una especial protección o, al menos, esta tutela, si se considera un interés digno de protección, no debe ser llevada a cabo a través de las normas antimonopolio, en cuanto contraría a la filosofía que las informa, sino como exclusiones o excepciones a su aplicación. La lógica de la opción por un sistema de libre mercado demanda que la protección del pequeño empresario se configure como una excepción al principio general de libre competencia y, por tanto, a la aplicación del sector del ordenamiento jurídico que tiene encomendada su protección y no como un objetivo a perseguir a través del mismo. Así, por ejemplo, en algunos Estados europeos, como Austria o Francia la prescripción de determinadas prácticas en materia de precios discriminatorios no se enmarca en el marco normativo de tutela de la libre competencia, sino que estas prohibiciones forman parte de una política legislativa directamente tendente a la protección de los pequeños y medianos empresarios (Vid. DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, cit., p. 51).

aprobación de una de las principales leyes *antitrust*: la *Clayton Act* de 1914 e informó la interpretación y aplicación del resto de la normativa *antitrust*, fundamentalmente durante los años cincuenta y sesenta.

La *Clayton Act* fue aprobada en 1914, durante la presidencia de Woodrow Wilson como respuesta a la insatisfacción que había generado la aplicación de la *Sherman Act* en numerosos sectores de la población, entre los que se incluía la propia clase empresarial. Esta norma y sus parámetros de aplicación, concretamente la interpretación conforme a la *rule of reason* o regla de razón, eran acusados de excesivamente ambiguos, demandándose una mayor certeza y seguridad sobre las conductas susceptibles de constituir ilícitos competitivos¹⁵¹. La *Clayton Act* recoge estos deseos de prohibiciones específicas, enumerando diversas conductas prohibidas: los consejos de administración imbricados¹⁵², el establecimiento de políticas de precios discriminatorias¹⁵³, los acuerdos de compra en exclusiva¹⁵⁴, los contratos vinculados¹⁵⁵ y la adquisición de las acciones de empresas competidoras¹⁵⁶. La ley incluye además una cláusula de calificación, estas prácticas no van a estar prohibidas *per se*, sino sólo en la medida en que lesionen sustancialmente la competencia o tiendan a la creación de un monopolio, quedando a la discreción de la agencia encargada de aplicar la norma la determinación de que cabe entender por sustancial o que crea la tendencia prohibida.

La protección de la libertad de empresa constituye el foco central en la historia legislativa de la *Clayton Act* y está presente en la elección de las prácticas prohibidas, principalmente en el caso de las restricciones

¹⁵¹ Vid. KRAMER: “The Supreme Court and Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 1019 y ss.

¹⁵² Sección 8 *Clayton Act*

¹⁵³ Sección 2 *Clayton Act*

¹⁵⁴ Sección 3 *Clayton Act*.

¹⁵⁵ Sección 3 *Clayton Act*

¹⁵⁶ Sección 7 *Clayton Act*.

verticales de la competencia sancionadas, como los acuerdos de distribución exclusiva o los contratos vinculados, a las que se asociaba el riesgo de producir el cierre o la exclusión injustificada de los mercados de terceras empresas (*foreclosure*), negándoseles el derecho mismo a hacer uso efectivo de su, formalmente reconocida, libertad de empresa¹⁵⁷.

La protección de la libertad y oportunidad de los sujetos de competir en base a sus méritos empresariales constituirá un valor determinante en la conformación y desarrollo de la política antimonopolio durante los años cincuenta y sesenta¹⁵⁸, tal y como demuestra el examen de la actitud seguida por el Tribunal Supremo y los tribunales inferiores en la valoración de determinadas actuaciones empresariales, como los boicots¹⁵⁹ y las restricciones verticales de la competencia¹⁶⁰, contratos vinculados¹⁶¹, etc.-

¹⁵⁷ Vid, *ad ex.* Las declaraciones del senador REED durante el proceso de aprobación de la *Clayton Act* recogidas en FOX: “The politics of Law and Economics in Judicial Decision making”, *cit.*, pp. 554 y ss.

“Escribimos con arreglo a nuestra convicción de que todos los hombres han sido creado iguales y libres, y que todos tienen derecho a la vida, la libertad y a la persecución de su felicidad. El término “libertad” no significa meramente el derecho a caminar por las calles de las ciudades... sino libertad... para dedicarse al comercio, para resolver por uno mismo los problemas de la propia felicidad y éxito... por tanto comenzamos, promulgando una norma diseñada para garantizar las condiciones que posibiliten a todos los hombres, grandes y pequeños, una oportunidad para emprender un negocio...”

Y las manifestaciones del presidente Wilson a propósito de la aprobación de la *Clayton Act*, en: FOX: “The modernization of antitrust”, *cit.*, pp. 1149ss.

“(La ley) traerá nuevos hombres, nuevas energías y un nuevo espíritu de iniciativa, nueva sangre en la gestión de nuestras grandes empresas. Abrirá el campo del desarrollo industrial a numerosos hombres que se han visto obligados a servir cuando sus habilidades les permitían dirigir...”

¹⁵⁸ Vid. BLAKE/JONES: “Toward a three dimensional antitrust policy”, *cit.*, pp. 433 y ss.

¹⁵⁹ Vid. *ad.ex:* *Fashion Originators’ Guild of America v. FTC* (312 U.S. 457, 1941); *Klor’s Inc., v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, (359 U.S. 207, 1959).

¹⁶⁰ Vid. *ad.ex:* *FTC v. Motion Picture Advertising Serv. Co.* (344 U.S. 392, 1953); *Standard Oil Co. v. United States* (337 U.S. 293, 1949); *Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co.* (258 U.S. 346, 1922).

así como en la aplicación de la sección 2 de la *Sherman Act*¹⁶² y de la normativa en materia de control de la concentración empresarial¹⁶³. En su intento de evitar estas conductas de exclusión “injustificadas” el Tribunal Supremo se basaba en una determinada concepción del Derecho *antitrust*, éste era visto como un mecanismo de preservación del funcionamiento competitivo de los mercados, de minimización de los privilegios y del poder y de defensa de la competencia basada en los méritos empresariales. La ley buscaba la promoción de las oportunidades económicas y se convertía en garante de la libertad de las empresas frente a actos coercitivos provenientes de otros competidores¹⁶⁴. Esta protección contra el poder y esta garantía del carácter abierto de los mercados se identificaban con la búsqueda de la eficiencia económica en los mercados.

Ahora bien, será fundamentalmente a partir de finales de la década de los setenta cuando empiece a producirse un cambio de orientación en la conformación de la política antimonopolio y a perder importancia este valor como objetivo expresamente protegido a través de la normativa *antitrust*¹⁶⁵. La política de la era Warren será condenada, alegándose que la

¹⁶¹ Vid. *ad.ex: International Business Machine Corp. v. United States* (298 U.S. 131, 1936); *International Salt Co. v. United States* (332 U.S. 12, 1947); *Northern Pac. Ry. Co. v. United States* (356 U.S. 1, 1958).

¹⁶² Vid. *ad.ex: United States v. Grinnell* (384 U.S. 563, 1966); *Otter Tail v. United States* (410 U.S. 366, 1973).

¹⁶³ Vid. *ad.ex: United States v. Yellow Cab* (332 U.S. 218, 1947); *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co* (353 U.S. 586, 1957); *Brown Shoe Co. v. United States* (370 U.S. 294, 1962).

¹⁶⁴ Son ya célebres las palabras del juez MARSHALL en la resolución del caso *United States v. Topco. Assocs., Inc.* [405 U.S. 596, 610 (1972)] sobre la importancia de la normativa *antitrust* en la preservación del derecho fundamental a la libertad de empresa de todos los ciudadanos. “... La normativa antimonopolio, en general, y la *Sherman Act*, en particular, constituyen la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para la preservación de la libertad económica y de nuestro sistema de libre empresa, como la Carta de Derechos Humanos lo es para la protección de nuestras libertades personales fundamentales. Y la libertad garantizada a todas y cada una de las empresas, con independencia de su tamaño, es la libertad para competir – para afirmar con vigor, imaginación, devoción e iniciativa toda la fuerza económica de la que sean capaces”.

¹⁶⁵ Vid. FOX: “We protect Competition, You protect Competitors”, 26, *World Competition*, 2003, pp. 149 y ss.; FOX: “What is harm to competition?”, *cit.*, pp. 376 y ss.

interpretación y aplicación de las normas antimonopolio con arreglo a este valor de protección de los mercados abiertos había desembocado en una tutela desde los poderes públicos de empresas ineficientes, impidiéndose desde esta perspectiva la realización de prácticas empresariales económicamente eficientes, y degenerándose en una protección *per se* de los competidores frente a la propia naturaleza y dinámica de los mercados, lo que redundaba a su vez, en un perjuicio de los intereses de los consumidores americanos y de la competitividad de las empresas estadounidenses en el marco de la economía global. La aplicación de la ley contra conductas de exclusión *per se* es denigrada como una aplicación protectora de empresas ineficientes. Se minimiza la preocupación por los eventuales efectos de “cierre de mercados”, que serán acusados de argumentaciones carentes de un fundamento económico sólido, y de ser esgrimidas por las empresas competidoras con la única finalidad de obtener la protección del gobierno y de los tribunales frente a la propia competencia, y se hace hincapié en el poder autocorrector de los mercados para sancionar eventuales abusos¹⁶⁶.

Estas críticas, procedentes en su mayoría de la Escuela de Chicago¹⁶⁷, determinarán el surgimiento de un nuevo paradigma en el Derecho *antitrust*: la consolidación de una regla de no intervención en ausencia de conductas empresariales susceptibles de lesionar a los consumidores –

¹⁶⁶ Vid. la crítica del juez EASTERBROOK a la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Aspen Skiing. (“On identifying exclusionary conduct”, *Notre Dame Law Review*, 1986, pp. 972 y ss.) y el análisis propuesto por el autor para identificar “conductas excluyentes anticompetitivas”, análisis centrado en la restricción de la producción como criterio guía que excluye totalmente la eventual lesión de los derechos de otros competidores por conductas no basadas en los méritos empresariales. Vid. BORK: “Vertical Integration and the Sherman Act: the legal history of an economic misconception”, 22, *University of Chicago Law Review*, 1957, pp. 157 y ss.

¹⁶⁷ No sólo los miembros de la Escuela de Chicago denunciarán la política *antitrust* seguida durante la era Warren, otros autores –muy críticos con las posiciones de Chicago– reconocerán, no obstante, que en algunos casos esta política había conducido a excesos, que en lugar de proteger la competencia en beneficio de los consumidores, había desembocado en una protección *per se* del competidor, protección que suponía una desvirtuación del funcionamiento competitivo de los mercados, redundando en perjuicio de los principales beneficiarios del mismo: los consumidores. Vid. *ad. ex.*, la crítica realizada por la profesora FOX del caso Brown Shoe (concentración entre dos empresas que representaban tan sólo el cinco por ciento del volumen total de ventas de la industria implicada) en FOX: “The modernization of antitrust”, *cit.*, pp. 1140 y ss.

lesión de los consumidores, entendida en un sentido técnico-económico, como reducción del excedente del consumidor en los casos de restricciones artificiales de la producción o elevación de los precios-. La pérdida de oportunidad de competir en atención a los propios méritos empresariales verá prácticamente eliminada su fuerza como argumento para apreciar la existencia de una lesión a la competencia. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se hará eco de estas nuevas orientaciones, modificando determinados principios o reglas anteriores, giro que se hace especialmente evidente en el tratamiento de las restricciones verticales de la competencia¹⁶⁸.

2.2. Comunidad Europea

En el ámbito comunitario, la tutela de la competencia se enfoca desde la perspectiva de protección del proceso competitivo, como proceso de carácter dinámico que demanda la existencia de mercados abiertos que posibiliten la renovación y estímulo de las empresas operantes en el mismo y la entrada y desarrollo de nuevos competidores. Renovación en los mercados que ha de basarse en los méritos empresariales de las empresas que en él actúan, de ahí el enjuiciamiento severo de la conductas de empresas ya consolidadas que den lugar a la erección de barreras de entrada artificiales y la represión de las prácticas de carácter excluyente que no se hallen suficientemente justificadas en las superiores virtudes o mayor competitividad de las empresas que las llevan a cabo.

La importancia del carácter abierto de los mercados va unida, en el caso europeo, a una desconfianza sobre la capacidad autocorrectora de los

¹⁶⁸ Vid. como ejemplo significativo del cambio de rumbo de la política *antitrust*, el caso *Sylvania* (*Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36, 1977) donde se declara que las restricciones verticales no basadas en los precios no están sujetas a la regla de prohibición *per se* y sobre la base de los planteamientos de la Escuela de Chicago (algunos de cuyos principales exponentes son expresamente citados en la sentencia) empieza a perfilarse como núcleo de valoración de la ilicitud competitiva, los efectos de una práctica empresarial desde el punto de vista de la eficiencia económica. Desde 1977, año de la sentencia en el caso *Sylvania*, las restricciones verticales no basadas en los precios han sido analizadas con arreglo a la regla de razón. Sólo un número muy reducido de ellas han sido consideradas ilegales.

mismos y a una asunción por parte de los poderes públicos de la competencia de garantizar un marco adecuado para el ejercicio de la libertad de empresa y para el correcto desarrollo del proceso competitivo. El Estado debe intervenir para garantizar la apertura de los mercados; que éstos no sean cerrados a unos agentes por otros mediante instrumentos o conductas no basadas en los méritos empresariales. Se parte de la convicción de la incapacidad de los mercados para asegurar por sí mismos esa apertura. El Derecho de la competencia asume esa labor, mediante la vigilancia y prescripción de las conductas o prácticas empresariales susceptibles de producir el cierre significativo de los mercados¹⁶⁹.

El Derecho de la competencia protege la estructura competitiva y dinámica de los mercados. Garantiza su carácter abierto y el acceso a los mismos, así como el derecho de los agentes económicos a no ser excluidos del mercado por las estrategias de las empresas dominantes que no se basen en sus méritos competitivos.

Desde una perspectiva económica, la protección del derecho de las empresas a ejercer libremente su actividad empresarial sin que puedan ser erigidos obstáculos artificiales para ello por parte de las empresas más poderosas, se fundamenta en la presunción de que la tutela de esta libertad es esencial para garantizar la legitimidad del proceso competitivo, y por tanto la mejor alternativa posible para proteger los intereses de los consumidores, fomentar la innovación y el desarrollo tecnológico y estimular los esfuerzos de los competidores por reducir sus costes.

¹⁶⁹ El Derecho de la competencia comunitario, en su génesis y conformación, recibió el influjo de los pensamientos de la escuela económica ordoliberal alemana, que defendía, como reacción al profundo intervencionismo que había vivido la economía alemana, principalmente en los años anteriores al estallido de la II Guerra Mundial, una vuelta al sistema de economía de libre mercado. Se defendía, no obstante, un liberalismo “ordenado”, en el que, a los poderes públicos competía garantizar la existencia de un marco suficiente que permitiera el desarrollo de un verdadero sistema competitivo, real y no puramente formal. Vid. VICIANO PASTOR: *Libre competencia e intervención pública en la economía*, cit., pp. 81 y ss. En el mismo sentido, vid. las declaraciones del ex-comisario europeo de competencia, MARIO MONTI recogidas por FOX (“What is harm to competition?”, cit., p. 392) “... el principio de economía de mercado abierta no implica una actitud de fe incondicional en la operatividad de los mecanismos del mercado. Al contrario, requiere un compromiso serio –así como auto contención– por parte de los poderes públicos dirigido a la preservación y garantía de esos mecanismos”.

El Tratado de Roma en su artículo 3(g) establece la necesidad de implantar un régimen jurídico que asegure que la competencia no sea falseada en el mercado común¹⁷⁰. En este precepto se contiene un mandato dirigido tanto a los Estados miembros como a las empresas privadas para que no lleven a cabo conductas susceptibles de distorsionar el normal funcionamiento del mercado sobre la base de los propios méritos competitivos de las empresas. Mandato que informa el desarrollo posterior de este artículo en el cuerpo jurídico que conforma el Derecho de la libre competencia comunitario (artículo 81 y 82, normas en materia de ayudas públicas y en control de las operaciones de concentración entre empresas) y la interpretación del mismo por los órganos encargados de aplicarlo y velar por su cumplimiento: la Comisión de las Comunidades Europeas y el Tribunal europeo de Justicia.

La protección de la libertad de empresa de los competidores como instrumento para garantizar el funcionamiento del proceso competitivo está especialmente presente en el régimen del artículo 82 del Tratado, que sanciona los abusos cometidos por empresas con una especial situación de poder en el mercado. Así, la doctrina ha venido interpretando que el concepto de abuso comunitario incluye dos tipos de categorías; por una parte, los denominados “abusos explotativos” y, por otra, los “abusos anticompetitivos”. Estos últimos englobarían aquellas conductas que, como consecuencia de la posición de poder de la empresa, pueden producir un efecto de exclusión, o cierre de los mercados a los competidores actuales o potenciales. Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han afirmado la especial responsabilidad que ostentan las empresas con una posición dominante en el mercado¹⁷¹, lo que determina que, comportamientos competitivos admisibles cuando son realizados por empresas sin poder de

¹⁷⁰ Vid. igualmente el artículo 4 del Tratado CE: “ Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes y que se llevará a cabo *de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*” y el artículo 157 en materia de política industrial que habrá de llevarse a cabo “dentro de un sistema de mercados abiertos y competitivos”.

¹⁷¹ *Michelin v. Comisión*. Asunto 322/81 (1983), Rep. 3461.

mercado, podrán quedar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 82 si provienen de una empresa dominante y no ponen en práctica ventajas objetivas que provengan de la calidad o de la eficiencia (eficacia superior, mayor capacidad de innovación, mayor aptitud para tomar en consideración las necesidades de la clientela, etc.)¹⁷².

El efecto de exclusión como elemento caracterizador del ilícito competitivo juega también un papel trascendental en la evaluación de los acuerdos verticales, es decir, de los acuerdos entre empresas situadas en distintas fases del proceso de producción y distribución de los bienes y servicios en el mercado y está presente en la valoración de las concentraciones verticales¹⁷³ y conglomerales¹⁷⁴.

Entre los eventuales riesgos que para la competencia pueden derivarse de los acuerdos de distribución, el Derecho comunitario siempre ha tenido especialmente presente el posible efecto de exclusión de los mercados de otros competidores¹⁷⁵ y, si bien el régimen en materia de

¹⁷² El Tribunal de Justicia en su sentencia *Hoffman-La Roche* estableció que “El concepto de abuso es un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el grado de competencia aun existente en el mercado o el incremento de tal competencia”. El Tribunal se referirá a los “medios que rigen una competencia normal de productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos”. La Comisión también ha mantenido que el abuso puede consistir en “la acción emprendida por una empresa con el objeto de expulsar a un competidor del mercado, por un medio distinto de la legítima competencia en función de los méritos” (decisión *BBI/BOOSEY & HAWKES*). En su decisión en el caso *British Midland v. Aer Lingus*, de 26 de febrero de 1992, la Comisión afirmó que la negativa de una compañía aérea que goza de posición dominante a celebrar un acuerdo de combinación de pasajes con un competidor no formaba parte, en este caso concreto, “de la competencia normal basada en los méritos”.

¹⁷³ Operaciones de concentración o unión entre empresas situadas en estadios económicos sucesivos (producción- distribución).

¹⁷⁴ Operaciones de concentración entre empresas situadas en sectores económicos sin vínculos horizontales ni verticales entre sí. Sobre las distintas modalidades de concentraciones conglomerales, vid. WHISH: *Competition Law*, cit., p.722.

¹⁷⁵ Vid. GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*, Madrid, 1994, pp. 317 y ss.

acuerdos verticales ha sido modificado en 1999, con la aprobación de un nuevo Reglamento de carácter general¹⁷⁶, que suaviza el tratamiento frente a estas formas de cooperación empresarial, reconociendo su escaso potencial lesivo para la competencia cuando las cuotas de mercado implicadas no excedan el 30%¹⁷⁷, esta presunción de legalidad no opera cuando se sobrepasa ese porcentaje y, además, el Reglamento prevé la posibilidad de retirada de la exención cuando el acuerdo “restrinja de forma significativa el acceso al mercado de referencia, o la competencia en el mismo, por el efecto acumulativo de redes paralelas de restricciones verticales similares puestas en práctica por proveedores o compradores competidores”¹⁷⁸.

Las concentraciones verticales pueden provocar efectos restrictivos en la medida en que crean vínculos preferentes entre las empresas integradas, con la consiguiente exclusión de terceros de una fuente de

¹⁷⁶ Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*. Este reglamento sustituye a los antiguos Reglamentos de exención de acuerdos de franquicia (Reglamento (CEE) 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de franquicia*), acuerdos de compra exclusiva (Reglamento (CEE) 1984/83 de la Comisión de 22 de junio de 1983, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva*) y acuerdos de distribución exclusiva (Reglamento (CEE) 1983/83 de la Comisión de 22 de junio de 1983, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva*).

¹⁷⁷ Considerando (6): *Los acuerdos verticales de la categoría, definidos en el presente Reglamento, pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden llevar a una reducción de los costes de las transacciones y de los costes de distribución de las partes, y a optimizar sus niveles de ventas e inversión*; Considerando (8): *Siempre y cuando la cuota de mercado del proveedor en el mercado de referencia no exceda del 30%, cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan determinado tipo de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia, conducen, por lo general a una mejora en la producción o distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes (...)*.

¹⁷⁸ Artículo 6. Del mismo modo, la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a las restricciones verticales (2000/C291/01), enumera en su párrafo 103, entre las consecuencias negativas que para la competencia pueden derivarse de las restricciones verticales: *“la exclusión del mercado de otros proveedores o compradores mediante el incremento de los obstáculos de entrada”*.

suministro o de un mercado¹⁷⁹. Los efectos lesivos para la competencia de las concentraciones conglomerales son mucho más discutidos, hasta el punto de que en algunos sistemas se defiende la inaplicación del Derecho de la competencia frente a estas formas de integración empresarial, como en el caso estadounidense. No obstante, diversas decisiones de la Comisión han evaluado la posibilidad de que de una concentración de esta naturaleza pudieran derivarse “efectos cartera” (*portfolio effects*). Uno de estos eventuales efectos lesivos es que estas operaciones pueden facilitar a la nueva entidad resultante de la concentración la realización de determinadas prácticas de carácter excluyente, como por ejemplo, la celebración de contratos vinculados¹⁸⁰.

En conclusión, en el Derecho comunitario de la competencia existe una preocupación por la posibilidad de que las empresas en posición dominante utilicen su poder para conseguir ventajas a expensas de los competidores. La lesión de la competencia se identifica con la lesión del proceso competitivo, considerándose intereses dignos de protección la existencia de mercados abiertos y el acceso y funcionamiento de los mismos sobre la base de los méritos empresariales¹⁸¹.

¹⁷⁹ Esta preocupación sobre los eventuales efectos exclusivos que pueden derivarse de las operaciones empresariales de integración vertical, está presente en numerosas decisiones de la Comisión, especialmente en los mercados de las telecomunicaciones, en las que ésta consideró que las posibles eficiencias económicas de estas operaciones, no podían compensar los daños al proceso competitivo, manifestados fundamentalmente en el cierre de mercados. Vid. *ad.ex.*, en este sentido, dos casos muy similares: *MSG Media Service* (Asunto IV/M.469) y *Nordic Satellite Distribution*. (Asunto IV/M.490). Vid. igualmente las decisiones *Skanska/Scancem* (Asunto IV/M. 1157), *Time Warner/AOL* (Asunto IV/M.1845), *BertelsMann/Kirch/Premiere* (Asunto IV/M. 993) en las que la Comisión manifiesta expresamente su preocupación porque determinadas operaciones verticales puedan conducir a la exclusión de competidores actuales o potenciales del mercado relevante.

¹⁸⁰ Vid., *in extenso*, *infra*, Capítulo III.III.C.1.

¹⁸¹ La importancia atribuida en el Derecho comunitario de la libre competencia a las conductas susceptibles de erigir barreras de entrada, dificultando o impidiendo el acceso a los mercados de eventuales competidores, asemeja la política europea a la seguida en EE.UU. durante la década de los cincuenta y sesenta, política fuertemente influida por las tesis estructuralistas de la Escuela de Harvard. De hecho, las críticas de las que ésta fue objeto, también se están reproduciendo en el caso europeo, como lo ejemplifica las observaciones vertidas por Charles James, director de la División *Antitrust* del Ministerio de Justicia estadounidense sobre la

Las diferencias existentes en la configuración del ilícito competitivo en Europa y EE.UU. y la trascendencia que éstas pueden revestir en la valoración de los contratos vinculados desde la óptica del Derecho *antitrust* serán analizadas detalladamente en apartados posteriores de este trabajo, examinándose especialmente la valoración de determinadas prácticas de naturaleza excluyente cometidas por la empresa informática Microsoft, con arreglo al Derecho estadounidense y al Derecho europeo¹⁸².

3. La integración europea como objetivo específico de la normativa comunitaria en materia de libre competencia

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos en los que el Derecho de la libre competencia se proyecta sobre un mercado unitario preexistente a fin de ordenarlo y racionalizarlo, el Derecho de la competencia comunitario surge en el marco de un proceso de creación de ese mercado único¹⁸³. El establecimiento de un mercado común constituye uno de los principales objetivos de los Estados que deciden formar parte de las Comunidades Europeas¹⁸⁴. En pro de ese objetivo se adoptan una serie de instrumentos de tipo jurídico, entre los que ocupa un papel

decisión de la Comisión Europea de prohibir la concentración entre las empresas General Electric y Honeywell, concentración que había obtenido el *placet* de las autoridades estadounidenses (www.usdoj.gov/aatr/public/press_releases/2001/8510.htm). Esta crítica también está presente en el discurso de William Kolasky, miembro de la División Antitrust del Ministerio de Justicia, KOLASKY: "Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels", 10, *George Mason Law Review*, 2002, pp. 533 y ss.

¹⁸² Vid. *infra*, Capítulo IV. II.D.

¹⁸³ Vid. GALGANO: *Historia del Derecho Mercantil*, cit., p. 133; EHLERMANN: EHLERMANN: "The contribution of EC competition policy to single market"; CMLR, núm. 29, I, 1992, pp. 257 y ss.; DIÉZ ESTELLA: "Los objetivos del derecho antitrust", cit., pp. 39 y ss.; GARCÍA CACHAFEIRO: "El giro norteamericano del derecho *antitrust* comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la *Sherman Act*", cit., pp. 600 y ss.; VERLOREN VAN THEMAAT: "Antitrust and the Common Market: a Symposium", 38, *NYULR*, 1963, pp. 435 y ss.

¹⁸⁴ Vid. artículo 2 del Tratado de la CE.

preponderante el relativo a la creación de un régimen destinado a garantizar que la competencia no sea falseada en el mercado común¹⁸⁵.

Como señala el profesor HAWK¹⁸⁶ al Derecho comunitario de la competencia cabe atribuirle una doble paternidad. Por una parte, su madre, europea, -y principal influencia en la conformación de su retoño- identificada con el objetivo fundamental del Tratado que es la integración de los mercados de los Estados miembros y, por otra, el padre, americano y germano que ha influido en la redacción de los artículos 81 y 82 del Tratado.

El imperativo del mercado único va a modular toda la política comunitaria en materia de libre competencia, atribuyéndosele a la misma un papel de extraordinaria importancia en el objetivo principal de integración de los distintos mercados nacionales. Al Derecho de la competencia se le va a encomendar un papel negativo y otro positivo que desempeñar en atención a la consecución de este objetivo de integración o fusión de los mercados de los Estados miembros en un solo mercado europeo¹⁸⁷.

En primer lugar, las prescripciones normativas sobre libre competencia pueden ser utilizadas para prevenir actuaciones empresariales que tiendan a la compartimentación de los mercados de los Estados miembros¹⁸⁸. Con arreglo a esta perspectiva, el Derecho en materia de libre

¹⁸⁵ Vid. Artículo 3(g) del Tratado de la CE.

¹⁸⁶ Vid. HAWK: "La révolution antitrust américaine", *cit.*, pp. 9 y ss.

¹⁸⁷ Vid. WHISH: *Competition Law*, *cit.*, p.19.

¹⁸⁸ Las distorsiones de la competencia también pueden deberse a la actuación de los Estados y las administraciones públicas, de ahí que el Derecho en materia de libre competencia, en su función de instrumento para la consecución de la integración de los mercados europeos, no se limite a la evaluación de las conductas empresariales, sino que contenga también medidas específicamente dirigidas a las autoridades públicas, como el régimen de control de las ayudas públicas (artículos 87 a 89 del Tratado CE). Sobre las obligaciones que competen a los Estados con arreglo al Derecho comunitario de la libre competencia, *vid.*, con carácter general: EHLERMANN: "Managing Monopolies: the role of the State in controlling market dominance in the European Community", ECLR 2/1993, pp. 61 y ss; WHISH: *Competition Law*, *cit.* pp. 183 y ss.

competencia tiende a evitar que las disposiciones tendentes a la eliminación formal de las barreras comerciales entre los Estados –desarme arancelario, reducción y supresión de las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente a la libre circulación de bienes, personas y capitales, etc.- puedan ser dejadas sin efecto mediante el recurso de las empresas a prácticas empresariales, como el reparto de mercados, susceptibles, en la práctica, de obstaculizar el libre comercio en el seno del mercado “formalmente” común.

*“La política de la Comunidad debe impedir, en primer lugar, que el relevo de las restricciones y de los obstáculos de origen estatal a los intercambios que han sido abolidos, sea tomado por medios de carácter privado de consecuencias análogas...”*¹⁸⁹

La política de la Comisión y del Tribunal de Justicia se hace eco de este objetivo, sancionando severamente determinadas prácticas, como la compartimentación de mercados¹⁹⁰, la formación de carteles nacionales o el establecimiento de cláusulas contractuales restrictivas de la exportación¹⁹¹.

Desde un enfoque positivo, el Derecho de la competencia puede ser modelado de tal modo que incite al comercio entre los Estados miembros, bien nivelando o buscando una equiparación entre las condiciones de los distintos Estados (*levelling the playing field*) o bien, facilitando las transacciones entre ellos (*cross border transactions*) y la integración. Así, la cooperación horizontal entre empresas pertenecientes a distintos Estados

¹⁸⁹ *Premier Rapport sur la politique de concurrence* (1971). Vid., en el mismo sentido, el párrafo 7 de las *Directrices relativas a las restricciones verticales*: “La integración de los mercados es un objetivo adicional de la política de la competencia de la Comunidad. La integración de los mercados potencia la competencia en la misma. No se debería permitir que las empresas volviesen a establecer barreras privadas entre Estados miembros, ahora que han sido eliminadas con éxito las estatales”.

¹⁹⁰ Vid. *ad.ex.* el caso Club Europa Japón en CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea, cit.*, pp. 304-305.

¹⁹¹ Vid. el caso *Glaxo Wellcome, ASOPROFAR y Fedifar, Spain Pharma, BAI y EAEPC* (DO L 302 de 17 de noviembre 2001) en CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea, cit.*, pp. 303-304.

miembros puede ser permitida en determinadas circunstancias, un productor en un Estado miembro puede obtener el permiso de nombrar un distribuidor exclusivo en otro y penetrar así en un mercado en el que no hubiera podido entrar individualmente, etc.

Uno de los principales problemas que plantea la especial relación de la normativa comunitaria de competencia con el objetivo de formación y consolidación de un mercado unitario es la resolución de la compatibilidad de este objetivo con las funciones tradicionales del Derecho de la libre competencia. Diversos sectores doctrinales han cuestionado la política de concreción de este objetivo por parte de los órganos comunitarios, no sólo porque se duda de su efectiva contribución a la integración de los mercados nacionales¹⁹², sino además por su posible colisión, en numerosas ocasiones, con el objetivo de la eficiencia económica¹⁹³. De hecho, en pro de esta meta de consolidación de los mercados, la Comisión ha sancionado determinadas prácticas empresariales sin llevar a cabo un análisis económico riguroso de las consecuencias de las mismas, prácticas, principalmente en materia de políticas de precios discriminatorias o de restricciones verticales a la competencia, que hubieran obtenido una evaluación favorable en otras jurisdicciones. Por ejemplo, este objetivo sanciona duramente las prohibiciones a la exportación, sin atender a eventuales justificaciones de

¹⁹² En determinadas ocasiones la Comisión y el Tribunal de Justicia han sancionado el comportamiento de las empresas, sin tener en cuenta que no era éste el causante de la distorsión en las condiciones de competencia entre los Estados miembros, sino que ésta era fruto de las propias políticas nacionales a las que los agentes económicos simplemente estaban adaptándose. Vid. *ad.ex.*, el célebre caso *United Brands*, Sentencia de 14 de febrero de 1978. En nuestra doctrina, el profesor ALFARO ÁGUILA-REAL)“La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, 253, *Indret*, 2004 en www.indret.com, p. 6) denuncia la inadecuación del Derecho de la competencia para lograr objetivos de integración de mercados.

¹⁹³ Vid. la contribución de los profesores NEVEN y WOLF en EHLERMANN/LAUDATI: *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, *cit.*; GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia*, *cit.*, pp. 318 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL: “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, *cit.*, p. 21: “El Derecho europeo limita (...) la libertad contractual sobre la base de valoraciones procedentes, no del propio Derecho de la competencia, sino del (pretendido) objetivo de integración de mercados, lo que le lleva a considerar como restricciones de la competencia (y, por tanto, prohibidas) todas las cláusulas que permitan a un fabricante compartimentar mercados con independencia de que sean coherentes con la finalidad del contrato en el que se insertan, con independencia de que generen poder de mercado o perjudiquen de cualquier otra forma a los consumidores”.

naturaleza económica como la posible prevención de prácticas de *free-riding* o parasitismo¹⁹⁴.

Hasta el momento, los posibles conflictos de intereses entre el objetivo de integración de los mercados europeos y la eficiencia económica, se han resuelto claramente a favor del primero¹⁹⁵ y cabe augurar que así continúe siendo en un futuro próximo. Por una parte, pese a que la Comisión está empezando a ser más consciente de la importancia de un análisis económico riguroso en la evaluación de las consecuencias sobre la competencia de las conductas empresariales, las últimas disposiciones normativas siguen censurando las prohibiciones a la exportación y las restricciones territoriales¹⁹⁶. Además, el mercado común, lejos de ser una realidad, se enfrenta a un proceso de ampliación a doce nuevos Estados, número que puede verse incrementando en un futuro, por lo que las preocupaciones que informaron la adopción de la política de la competencia y su instrumentalización respecto al objetivo integrador, van necesariamente a reproducirse ante este nuevo reto.

¹⁹⁴ Vid. VAN DER BERGH: "The difficult reception of economic analysis in European Competition Law", *cit.*, pp. 40 y ss.; VAN DER BERGH/CAMESASCA: *European Competition Law and Economics. A comparative perspective*, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2001, pp. 1 y ss.

¹⁹⁵ Vid. DIÉZ ESTELLA: "Los objetivos del Derecho antitrust", *cit.*, p.51.

¹⁹⁶ Vid. Artículo 4(b) del Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*; artículo 4(b) del Reglamento (CE) n° 1400/2002 de la Comisión de 31 de julio de 2002 *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor*.

C) OBJETIVOS DE CARÁCTER ECONÓMICO DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA: LA EFICIENCIA ECONÓMICA

1. La escasez. Conceptos de eficiencia en la asignación, en la producción y eficiencia dinámica

Toda sociedad debe hacer frente al problema de la escasez. Ésta viene referida a la existencia de necesidades ilimitadas y a la imposibilidad fáctica de satisfacer todas ellas (dada la limitación de recursos), por lo que es necesario resolver una serie de cuestiones: seleccionar las necesidades que han de cubrirse (qué bienes han de producirse para satisfacer esas necesidades), determinar la forma o el medio con arreglo al cual ha de llevarse a cabo esa cobertura (qué recursos y en qué combinación han de ser utilizados) y delimitar los sujetos cuyas necesidades van a ser satisfechas (a quién han de destinarse los bienes económicos).

Generalmente, cabe distinguir dos maneras radicalmente opuestas de hacer frente a las cuestiones apuntadas: adopción de un sistema de economía centralizada, en el que las principales decisiones sobre producción y distribución son adoptadas por los poderes públicos y organización de la vida económica a través de un sistema de libre mercado.

En los sistemas de economía de libre mercado la respuesta a estas cuestiones, es decir, la resolución de los problemas de escasez y satisfacción no se confía a una entidad superior a los ciudadanos, sino a ellos mismos a través del intercambio voluntario de bienes y servicios. Intercambio que se lleva a cabo en el mercado, como foro en el que coinciden los intereses contrapuestos y que se articula mediante el mecanismo de los precios. La esencia de la economía de mercado es que, en ella todo se convierte en mercancías con un precio y que la oferta de esas mercancías es sensible a los cambios en los precios. El mercado permite dar así una respuesta a las tres cuestiones anteriormente apuntadas. Los consumidores revelan sus preferencias en el mercado al comprar unas cosas y no otras. Los votos monetarios de los consumidores condicionan a

los productores que orientarán su actividad hacia aquellos sectores en los que exista una mayor demanda, resolviéndose, de este modo, el problema de qué bienes han de producirse. La competencia entre los distintos productores en busca de beneficios decide cómo han de producirse los bienes. Ésta obligará a los productores a buscar las combinaciones de factores que les permitan producir el bien de que se trate al mínimo coste. Por último, la oferta y la demanda en los mercados de factores productivos determinará el para quién se produce. La distribución de la producción vendrá, en definitiva, determinada por la capacidad adquisitiva que proporcionan las rentas individuales que los propietarios de los factores de producción (tierra, trabajo y capital) son capaces de obtener en el mercado en que estos factores se ofertan y se demandan. La distribución se apoyará pues en la capacidad individual, valorada en términos de precios de mercado. Los mercados de bienes y los mercados de factores están interrelacionados. Alteraciones en la demanda u oferta de factores modificarán la renta o ingresos de los individuos, condicionando la demanda en los mercados de bienes y viceversa¹⁹⁷.

Los distintos sistemas de organización de la vida económica tienen, por tanto, que hacer frente al carácter ilimitado de las necesidades sociales y a la limitación o escasez de los recursos existentes para satisfacerlas, de forma que éstos sean empleados de la mejor forma posible, es decir, eficientemente. Dentro del concepto de eficiencia económica, podemos distinguir diversos tipos, los dos primeros de carácter estático, orientados a valorar si, en atención a una tecnología dada, el sistema produce el mayor número de bienes posibles en las cantidades deseadas y un segundo tipo, de carácter dinámico, que se centra en la aptitud del sistema para fomentar la innovación y el desarrollo tecnológico (mejora de los factores de producción existentes o el desarrollo de nuevos factores). Así, cabe hablar de eficiencia en la asignación, eficiencia en la producción y eficiencia dinámica. Un sistema asigna eficientemente los recursos si éstos son utilizados de tal forma que reportan el máximo nivel de satisfacción posible –los recursos no son despilfarrados, se producen las cantidades apropiadas

¹⁹⁷ Vid., con carácter general: SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, Madrid, 1999; MOCHÓN: *Economía. Teoría y Política*, cit.

de bienes-. Existe eficiencia productiva cuando no puede producirse una cantidad mayor de un bien sin producir una menor de otro, es decir, cuando la economía se encuentra en la frontera de posibilidades de producción, extrayendo el máximo rendimiento posible de sus factores productivos –se produce con los costes más bajos-. Un sistema es eficiente desde el punto de vista dinámico si fomenta un mejor aprovechamiento de los recursos, el desarrollo tecnológico y la innovación.

En el modelo propuesto por la escuela clásica se defendía que el mercado, funcionando en régimen de libre competencia, sin injerencia de los poderes públicos, constituía la alternativa más eficiente de ordenación de la actividad económica, tanto desde el punto de vista de la asignación, como de la producción y de la eficiencia dinámica. Ahora bien, la filosofía del *laissez-faire* encontraba su justificación en un determinado modelo de mercado, en concreto, en mercados de competencia perfecta, donde una multiplicidad de empresarios y consumidores sin poder para fijar los precios se subastaban los productos, siendo el mercado el que determinaba el precio, dependiendo de la oferta y la demanda. Por ello, el monopolio era considerado como una ineficiencia que destruía el sistema. La realidad pronto puso de manifiesto que la mayoría de los mercados respondían a uno u otro patrón de competencia imperfecta; que el modelo de competencia perfecta clásico se asentaba sobre una serie de presunciones que no se adecuaban a las circunstancias reales de los mercados.

En este apartado, analizaremos, en primer lugar, los modelos de competencia perfecta e imperfecta, a fin de establecer el valor que de los mismos puede extraerse actualmente en la conformación de la política antimonopolio.

En una segunda parte, serán objeto de examen distintos modelos conceptuales de valoración de la eficiencia económica. Concretamente, el modelo seguido mayoritariamente en los EE.UU. que identifica el ilícito competitivo con conductas susceptibles de restringir la producción de bienes o servicios y el modelo que más se asemeja a la política europea, que

parte de un concepto de eficiencia implícita en el desarrollo del proceso competitivo.

2. El modelo de competencia perfecta y la teoría del monopolio

*2.1. La competencia perfecta*¹⁹⁸

En los mercados interactúan las fuerzas de la oferta y la demanda hasta que se produce una situación de equilibrio, que determina el precio al que los bienes serán ofrecidos, qué será aquél en el que la oferta y demanda confluyan, es decir, aquél para el que la cantidad demandada sea igual a la cantidad ofrecida, lográndose una conciliación de intereses o un consenso entre productores y consumidores. Cualquier otra situación está sujeta a las fuerzas dinámicas del mercado que, en un plazo mayor o menor, actuarán para reconducir los precios a su nivel de equilibrio¹⁹⁹.

La característica fundamental de los mercados perfectamente competitivos es que, en ellos el precio de equilibrio se alcanza en el punto en que coinciden la ganancia o utilidad marginal que obtiene la sociedad de la última unidad consumida, con el coste necesario para producir esa

¹⁹⁸ Vid. sobre el análisis económico del funcionamiento de los mercados perfectamente competitivos: FOX/SULLIVAN: *Cases and materials on Antitrust*, cit., pp. 100 y ss.; GELLHORN/KOVACIC: *Antitrust Law and Economics*, cit., pp.42 y ss.; HOVENKAMP: *Antitrust*, cit., pp.53 y ss.; LIPSEY: *Introducción a la Economía positiva*, Barcelona, 1974, pp. 273 y ss.; MOCHÓN: *Economía. Teoría y Política*, cit., pp. 169 y ss.; SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, cit., pp.142 y ss.; SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, cit., pp.19 y ss.; SULLIVAN: *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, cit., pp. 9 y ss.; GUTIÉRREZ/PADILLA: “Economía de la competencia”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la competencia*, dir. BENEYTO, coord. MAILLO, Barcelona, 2005, pp. 16 y ss.

¹⁹⁹ A cualquier precio mayor que el de equilibrio, la cantidad que los productores desean ofrecer excede de la que los demandantes desean adquirir y, debido a la presión de las existencias invendidas, la competencia entre los productores hará que el precio descienda hasta la situación de equilibrio. Por el contrario, si el precio es menor que el de equilibrio, dado que la cantidad que los demandantes desean adquirir es mayor que la ofrecida por los productores, los compradores que no hayan podido obtener la cantidad deseada del producto presionarán al alza el precio tratando de adquirirla.

misma unidad. En condiciones de competencia perfecta los recursos económicos se asignan eficientemente, sin despilfarro, ya que se emplean de tal modo que reportan el máximo nivel de satisfacción social posible en atención a la tecnología dada²⁰⁰. Además, los mercados perfectamente competitivos no son sólo eficientes desde el punto de vista de la asignación de recursos, sino también desde el punto de vista de la utilización o aprovechamiento de esos recursos -eficiencia en la producción- ya que, la presencia de competidores empuja a las empresas a reducir sus costes, buscando la combinación más eficiente de factores productivos y, por tanto, a perseguir el aprovechamiento óptimo de la tecnología existente. Junto a la eficiencia en la asignación y en la producción, también se ha defendido, en ocasiones, que los mercados competitivos son más proclives a la innovación tecnológica, que el progreso tecnológico será más rápido en mercados en los que la producción se halle repartida entre una pluralidad de empresas²⁰¹.

Para comprender como los mercados competitivos consiguen ese logro, vamos a examinar, en primer lugar, la conducta de cada empresa individual en mercados competitivos para analizar, posteriormente, la suma de todas las empresas que operan en ese mismo sector e industria.

En condiciones de competencia perfecta, ninguna empresa tiene una dimensión que le permita influir en el precio de su producto. La empresa no puede provocar una subida de precios mediante restricciones de su producción ni un descenso de los mismos duplicándola o triplicándola. Cualquier cambio en su nivel individual de producción tendrá un efecto

²⁰⁰ Una economía perfectamente competitiva es eficiente al coincidir en ella los costes y las utilidades. En un mundo de competencia perfecta ($P=CM$), el precio es el criterio o indicador económico correcto de la escasez: mide tanto la utilidad marginal que tiene el consumo para los hogares como el coste marginal que tiene la producción de bienes para la empresa. La economía sólo extrae la cantidad máxima de producción y de satisfacción de sus recursos escasos de tierra, trabajo y capital cuando los precios son iguales a los costes marginales. Ninguna reorganización ni comercio podría aumentar la utilidad o la satisfacción de una persona sin reducir la de otra. (Eficiencia en el sentido de Pareto).

²⁰¹ Ahora bien, el nexo entre competencia y eficiencia dinámica es más delicado. Los resultados teóricos son mucho menos robustos y la evidencia empírica es escasa.

imperceptible en la totalidad de la producción del mercado, siendo ésta la que determina el precio de los bienes o servicios mediante la actuación impersonal de las fuerzas de la oferta y la demanda. A la empresa sólo corresponde determinar si, en atención a ese precio dado, producirá o no y, en caso afirmativo, la cantidad de producto que ofrecerá al mercado. La determinación del nivel de producción de una empresa está en función de sus costes de producción. Presuponiendo que toda empresa actúa con la finalidad de maximizar beneficios, producirá hasta el punto en que ingreso marginal (ingreso adicional que obtendría una empresa si vendiera una unidad más de producto) sea igual al coste marginal (coste adicional de producir esa última unidad)²⁰².

Ahora bien, el hecho de que una empresa opere en el punto en el que el coste marginal es igual al precio o ingreso marginal no significa que esté obteniendo beneficios positivos; de hecho, puede suceder que incurra en beneficios negativos o pérdidas. La regla marginal sólo asegura que en el caso de que se obtengan beneficios, éstos serán máximos y, en el caso de que se obtengan pérdidas, éstas serán mínimas. Para determinar si a una empresa le conviene o no producir, será necesario atender además de al nivel de producción al que se maximizan los beneficios, a la estructura total de costes de la empresa. La situación será diversa a corto y a largo plazo²⁰³.

²⁰² En condiciones de competencia perfecta, el precio de mercado es el ingreso adicional –una empresa puede vender todo lo que desee al precio del mercado-. Siempre que el ingreso marginal supere el coste marginal, la venta de unidad adicional de producto aumentará los beneficios de la empresa. La empresa siempre puede obtener beneficios adicionales en la medida en que el precio sea mayor que el coste de la última unidad. Por otro lado, siempre que el precio sea menor que el coste marginal será posible aumentar los beneficios reduciendo el nivel de producción. El beneficio total alcanza su máximo cuando ya no es posible obtener beneficios adicionales vendiendo una mayor cantidad de producción. En el punto de máximo beneficio la última cantidad producida genera una cantidad de ingresos exactamente igual al coste de esa unidad.

²⁰³ La distinción entre el corto y largo plazo no se efectúa desde el punto de vista económico con arreglo a una referencia temporal precisa, sino en atención a la posibilidad de adaptación de los factores productivos. El corto plazo será aquel periodo en que las empresas pueden cambiar su nivel de producción ajustando los factores variables (trabajo), mientras que a largo plazo la empresa pueden variar su producción ajustando todos los factores productivos, tanto los variables como los fijos (capital o tierra).

A corto plazo puede que una empresa continúe operando en el mercado aunque esté experimentando pérdidas. Esto es así cuando resulta más costoso cerrar y abandonar el mercado que continuar produciendo. La empresa minimizará pérdidas (reverso de la maximización de beneficios) si continúa produciendo, al menos hasta el punto en que esas pérdidas sean inferiores a los costes fijos de producción (o diversamente formulado, siempre que los ingresos que obtiene en atención al precio de mercado le permitan cubrir sus costes variables), igualados o superados los mismos, una empresa racional, maximizadora de beneficios y minimizadora de pérdidas debería optar por el cierre y la salida del mercado.

Si bien estas situaciones son posibles a corto plazo, mientras no es posible alterar el tamaño de la empresa y los márgenes de maniobra sobre los factores productivos son limitados, no se mantendrá tan pronto como la empresa que obtiene menores beneficios pueda readaptar sus procesos productivos. A largo plazo todos los costes son variables, por lo que el empresario puede alterar el volumen de su producción o modificar el tamaño de su planta o, incluso, puede cerrar la empresa y trasladar los recursos a otra actividad más conveniente. Asimismo, otras empresas podrán entrar en la industria cuando los beneficios la hagan atractiva. Precisamente, la libre entrada y salida de empresas de la industria en respuesta a la existencia de beneficios o pérdidas es el elemento clave de la determinación del equilibrio a largo plazo. Por tanto, a largo plazo las empresas sólo producen cuando el precio es igual o superior a la condición de beneficio nulo en la que el precio es igual al coste total medio. Como consecuencia de la presión competitiva causada por la existencia de un gran número de productores en la industria, cada empresa intentará producir al nivel en que se minimizan los costes medios totales. Dado que las empresas tienden a situarse en el mínimo de la curva de costes medios a largo plazo puede afirmarse que la competencia perfecta genera una tendencia hacia la eficiencia económica en el uso de los factores.

Estas consideraciones sobre la conducta particular de cada empresa pueden ser trasladadas a la totalidad de la industria en la que todas ellas operan. La curva de oferta de una industria o mercado de un bien se halla

sumando horizontalmente las curvas de oferta de todos los productores individuales de ese bien. La demanda del mercado se obtiene así mismo de la suma horizontal de las curvas de demanda de los consumidores individuales para cada nivel de precios. El mercado encontrará su equilibrio, a largo plazo, en el punto en que el precio es igual al coste marginal, que debe ser igual al coste medio mínimo a largo plazo de cada una de las empresas. Si el precio descendiera por debajo de este punto de beneficio nulo, las empresas comenzarían a abandonar el mercado, al no serles ya rentable permanecer en él, y la oferta se reduciría (desplazamiento de la curva de la oferta hacia la izquierda) lo que conduciría a un incremento de los precios hasta el punto en que la industria volvería a ser rentable. Si por el contrario, el precio a largo plazo se situará por encima de los costes medios totales, las empresas estarían obteniendo beneficios extraordinarios que actuarían como reclamo para la entrada en la industria de nuevas empresas, desplazándose la oferta hacia la derecha, al aumentar la producción y originarse, consiguientemente, un descenso del precio de mercado.

Las fuerzas de la competencia tienden a empujar a las empresas y a las industrias hacia una situación de beneficio nulo a largo plazo. Situación ideal desde el punto de vista de los consumidores y satisfactoria también para los productores que obtienen una rentabilidad justa de su inversión. Los sectores económicos que son rentables tienden a atraer la entrada de nuevas empresas –ya que los recursos empleados en estas empresas rentan más que lo que pueden ingresar en su mejor empleo alternativo-, presionando así a la baja sobre los precios y reduciendo los beneficios a cero. En cambio, las industrias que sufren pérdidas tienden a ahuyentar a las empresas, ya que éstas buscan industrias que ofrezcan mayores posibilidades de obtener beneficios –los recursos que están empleando serían más rentables en otros usos-. Los precios y los beneficios tienden, por tanto, a aumentar.

2.2. *La competencia imperfecta*²⁰⁴

La operatividad de la mano invisible en el modelo propuesto por Adam Smith, requería de la existencia de mercados perfectamente competitivos, en los que los precios fueran fruto, efectivamente, de la interacción impersonal de la oferta y la demanda. Sólo bajo estas circunstancias de incapacidad de los oferentes de bienes o servicios de influir en el precio de sus productos, de configuración de los mismos como precio aceptantes, que se ven obligados a adecuar sus funciones productivas a este dato objetivo, el mercado asignaría eficientemente los recursos, es decir, los recursos se asignarían sin despilfarro, de tal forma que se procedería a la satisfacción del mayor número de necesidades – maximización del bienestar colectivo- al menor coste²⁰⁵.

El rasgo definitorio de la competencia perfecta es que los productores no pueden influir en el precio de mercado de sus bienes o productos. Cuando los productores poseen poder sobre los precios se habla de competencia imperfecta. Bajo este concepto encuentra cabida un amplio abanico de situaciones que van desde el monopolio, caso de que la entera producción de una industria corresponda a una única empresa, al oligopolio, situación en que la producción se reparte entre unas pocas empresas de gran tamaño y a la competencia monopolística, supuestos en los que, si bien existe un gran número de empresas, cada una de ellas, como consecuencia de la diferenciación de sus productos a ojo del consumidor posee un determinado margen de actuación sobre el precio de sus bienes.

²⁰⁴ Vid, sobre el análisis económico de la conducta de los competidores imperfectos: FOX/SULLIVAN: *Cases and materials on Antitrust*, cit., pp. 104 y ss.; GELLHORN/KOVACIC: *Antitrust Law and Economics*, cit., pp.58 y ss.; HOVENKAMP: *Antitrust*, cit., pp.60 y ss.; LIPSEY: *Introducción a la Economía positiva*, cit., pp. 284 y ss.; MOCHÓN: *Economía. Teoría y Política*, cit., pp. 189 y ss.; SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, cit., pp.159 y ss.; SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, cit., pp.19 y ss.; SULLIVAN: *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, cit., pp. 21 y ss.; GUTIÉRREZ/PADILLA: “Economía de la competencia”, cit., pp. 19 y ss.

²⁰⁵ En condiciones de competencia perfecta los mercados extraen de los recursos existentes el mayor número posible de bienes y servicios útiles colocando a la economía en su frontera de posibilidades de producción.

En condiciones de competencia imperfecta, las empresas concurrentes no actúan como precio-aceptantes sino como precio-oferentes puesto que, de alguna forma, imponen los precios que rigen en el mercado. Como hemos visto anteriormente, en un sistema de competencia perfecta la empresa no tiene control sobre los precios y el intento de obtener una ventaja individual le hace contribuir al logro de la eficiencia social. Por el contrario, si la empresa tiene control sobre los precios, el interés individual no coincidirá con el interés social, ya que puede utilizar esta influencia para mejorar la posición individual. Mejora que, no sólo no contribuirá al incremento del bienestar colectivo, sino que, incluso, irá en su perjuicio, generando situaciones de ineficiencia. Ésta tendrá distinta entidad según nos encontremos ante uno u otro patrón de imperfección competitiva, alcanzando su grado máximo en las situaciones de monopolio, pero en todas ellas está presente una circunstancia generadora de un coste social: la existencia de precios inflados y de una producción insuficiente. Se produce una infrautilización de recursos, éstos podrían ser empleados para la cobertura de un mayor número de necesidades sin incurrir por ello en costes sociales más elevados²⁰⁶.

¿Por qué en situaciones de monopolio los mercados no asignan eficientemente los recursos? El monopolista al igual que el competidor perfecto maximizará sus beneficios en el punto en que el ingreso adicional que le reporta la última unidad ofrecida coincide con el coste marginal de su producción. Es decir, en el punto en que el coste marginal y el ingreso marginal coinciden. En condiciones de competencia perfecta, vimos que, al enfrentarse cada oferente a una curva de demanda totalmente horizontal, el precio de mercado de un bien y el ingreso que reporta la ampliación de la producción en una unidad coinciden (precio= ingreso adicional). Ahora bien, el competidor imperfecto se enfrenta a una curva de demanda de pendiente

²⁰⁶ ADAM SMITH puso de manifiesto la ineficiencia originada como consecuencia de la concentración de la actividad productiva de un bien o un servicio en manos de un único sujeto: “Los monopolistas, al tener siempre infraabastecido al mercado... venden sus mercancías a un precio muy superior al natural y elevan sus emolumentos, consistentes éstos en salarios o en beneficios...”, ADAM SMITH: *La riqueza de las naciones*.

negativa²⁰⁷, si quiere vender una unidad más de producto, necesariamente, ha de bajar el precio de las anteriores. El ingreso marginal (variación que experimenta el ingreso cuando se vende una unidad más), es inferior al precio, debido al ingreso perdido en todas las unidades anteriores de producción cuando se ve obligado a vender una unidad adicional.

En un mercado monopolizado por un solo productor y, en general, en un mercado que no sea de competencia perfecta, el precio será superior al ingreso marginal y, en el equilibrio, el precio será mayor al coste marginal. Esto indica que el consumidor está forzado a pagar un precio superior al que tendría que abonar en competencia perfecta. Pero dado que la combinación precio-cantidad de equilibrio ha de estar sobre la función de demanda, un mayor precio supone una menor cantidad producida y vendida. La disminución de la cantidad producida al pasar de una situación competitiva a otra de monopolio pone de manifiesto el despilfarro y la ineficiencia en la asignación de recursos que se produce en el monopolio en comparación con la competencia perfecta. El coste del monopolio derivado de la reducción de la producción es igual a la suma de las diferencias entre el precio que están dispuestos a pagar los consumidores por los bienes y el coste marginal, para todas las unidades comprendidas entre el nivel de producción monopolístico y el competitivo. Así pues, el coste social del monopolio es, en realidad, el beneficio al que renuncia la sociedad, al reducirse la cantidad producida desde el nivel competitivo hasta el nivel de producción del monopolio. La sociedad en su conjunto se beneficiaría si aumentara la producción, sin embargo, el monopolista no lo hace, pues el aumento de la producción bajaría el precio y esto no le beneficiaría. Esta actuación explica por qué las situaciones de monopolio suponen un coste para la sociedad.

En una industria monopolística, al igual que en una perfectamente competitiva, los beneficios constituyen un incentivo para que nuevas empresas entren a formar parte de ella. El monopolio –o la obtención de

²⁰⁷ La curva de demanda con la que se enfrenta es la curva de demanda del mercado, el control de la totalidad de la producción le otorga poder en la determinación del precio del producto.

beneficios extraordinarios- sólo será posible a largo plazo si existen barreras de entrada que impidan el acceso de otras empresas al mercado.

Junto a la ineficiencia en la asignación de recursos, otra serie de riesgos o peligros han sido generalmente asociados al monopolio o, en general, a las situaciones de competencia imperfecta, si bien su “inevitabilidad” es puesta en tela de juicio o cuestionada. Así, las objeciones que han sido vertidas en relación a los costes que puede atribuirse al monopolio en materia de eficiencia productiva e innovación tecnológica. Se ha afirmado que el monopolista, al no estar sujeto a las presiones de la competencia, tiene menos incentivos para reducir su nivel de costes y para buscar nuevas y mejores fórmulas de producción o distribución de los bienes. Es decir, estas estructuras de mercado implican el riesgo de que el monopolista parapetado en su posición de poder caiga en lo que se denomina “la vida fácil” del monopolista. Ahora bien, la relación existente entre estructura de mercados e incentivos para la innovación y reducción de costes no cuenta con una respuesta unánime entre los economistas, ni tampoco se deduce la misma de forma inequívoca del análisis de los datos empíricos²⁰⁸.

Con el término oligopolio se hace referencia a estructuras de mercado en las que la producción se reparte entre un número reducido de empresas lo que genera fuertes vínculos de interdependencia entre ellas en la

²⁰⁸ Así, por ejemplo, el economista austriaco SCHUMPETER (*Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942) cuestionó duramente la necesidad de la relación competencia-innovación. Partiendo de que la esencia del desarrollo económico de un país radica en su capacidad de innovación, defendió el papel de las grandes empresas en el proceso creativo de nuevas formas de utilización de los recursos. Mantuvo que los mercados monopolísticos y oligopolísticos conducían al crecimiento económico de un país en mucha mayor medida que los mercados competitivos. Sólo el incentivo de mayores beneficios conduce a aceptar los riesgos inherentes a la innovación, el poder monopolístico proporciona un clima más adecuado que la competencia para que se produzcan innovaciones. Los beneficios a corto plazo del monopolista –que pueden ser muy elevados- inducen a que otras empresas intenten sustituirle. Si no es posible el ataque frontal a las barreras monopolistas de entrada –p.e., como consecuencia de la titularidad de un derecho de explotación en exclusiva-, éstas pueden ser esquivadas con el desarrollo de productos nuevos similares, no amparados por esos derechos de propiedad industrial. Este proceso por el cual unos monopolios son reemplazados por otros mediante el desarrollo de nuevos productos o técnicas de producción es denominado por Schumpeter “proceso de destrucción creativa”.

determinación de su política de precios y de producción. El control de un segmento importante de la producción determina que cada una de estas empresas posea un margen de actuación en la fijación del precio de sus productos, por lo que las consideraciones sobre el nivel de maximización de beneficios y la relación del precio del producto con el coste de su producción que hemos señalado en el análisis de los mercados monopolísticos, pueden ser reproducidas (si bien, en menor medida, como consecuencia de la existencia de competidores), en relación al oligopolio. Pero el principal riesgo que los mercados oligopolísticos presentan desde el punto de vista competitivo es la posibilidad de que las empresas operantes en el mismo decidan, tácita o expresamente, minimizar la competencia existente entre ellas a fin de maximizar el beneficio común. Estos oligopolios colusorios o cooperativos son perjudiciales ya que, de tener éxito, se asemejan a los mercados monopolísticos, las empresas actúan como una unidad en el mercado. Ejercen colectivamente su poder de mercado, actuando en él mismo de forma paralela y dando lugar al establecimiento de precios más elevados y niveles de producción más reducidos que los que resultarían de una actuación no coordinada²⁰⁹.

2.3. *Los fallos del modelo de competencia perfecta*

Un análisis de la mayoría de los mercados de bienes o servicios revela que éstos, generalmente, responden en mayor o en menor medida, a uno u otro de los patrones de competencia imperfecta identificados²¹⁰. ¿Qué

²⁰⁹ Para un análisis más detallado de los riesgos anticompetitivos vinculados a estructuras de mercado oligopolísticas, vid.: HERRERO SUÁREZ: “El problema del oligopolio en el Derecho comunitario de la competencia”, 23, *ADI*, 2002, pp. 113 y ss. y bibliografía allí citada.

²¹⁰ Es difícil que en los mercados reales se den situaciones tanto de competencia perfecta (sólo algunos mercados responden a patrones similares como los productos agrícolas y los títulos-valores) como de auténticos monopolios. No existen monopolios perfectos, es muy difícil imaginar en la práctica, una empresa sin competencia en absoluto ya que, si bien una empresa puede producir la totalidad de un producto o un servicio determinado, todo producto tiene, en mayor o menor medida, sustitutos de la utilidad que proporciona (por eso, la demanda a la que se enfrentan las empresas, aunque controlen la totalidad de la producción en un mercado, no es una línea totalmente vertical, sino una línea de pendiente negativa). A un determinado precio la empresa ya no podrá colocar ninguno de sus productos en el mercado, los consumidores buscarán sustitutos. Algunos productos tienen

determina la aparición de mercados imperfectamente competitivos? La competencia perfecta sólo puede existir si se dan simultáneamente una serie de presupuestos.

En primer lugar, es preciso que la producción se halle dispersa entre una pluralidad de empresas, ninguna de ellas de grandes dimensiones, y que todas ellas ofrezcan productos homogéneos, sustitutos perfectos de modo que los bienes sean totalmente intercambiables para los consumidores. La competencia perfecta exige la ausencia de poder de mercado, entendido como poder para influir en los precios de los productos, poder que podría obtenerse en los casos de un control importante de la producción o de una diferenciación del producto a ojos de los consumidores.

En la práctica, nos encontramos frecuentemente con mercados en los que la producción se encuentra repartida entre una o unas pocas empresas. Distintas causas explican esta realidad. En primer lugar es posible que la producción de un determinado bien se halle sujeta a costes decrecientes, como consecuencia de la presencia de economías de escala²¹¹. El crecimiento empresarial, tanto interno como externo, puede conducir a posiciones de consolidación en el mercado. Una empresa que consigue el favor y la fidelidad de los consumidores, adquiere cierto poder sobre los precios de sus productos. La concentración entre empresas puede dar lugar a formaciones empresariales de un tamaño suficiente como para ejercer control sobre la producción y, por tanto, sobre los precios de los productos o servicios.

sustitutivos muy cercanos y, aunque exista un solo productor de un producto de esta clase, se verá sujeto a una fuerte competencia. No sólo será su demanda relativamente elástica, sino que los nuevos entrantes en campos cercanos al suyo pueden desplazar su curva de demanda (elasticidad cruzada de la demanda). Además, aunque no existan esos sustitutos próximos en un momento dado, la existencia de un nivel elevado de beneficios puede inducir a otras empresas a desarrollarlos, interfiriendo así en su mercado. Así, LIPSEY (*Introducción a la Economía positiva, cit.*, p. 292) señala que resulta útil pensar en el poder monopolístico “más en términos de variable que de una constante”.

²¹¹ Las economías de escala pueden definirse como “Aumentos de la productividad o disminuciones del coste medio de producción, derivados del aumento de todos los factores de producción en la misma proporción”, SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía, cit.*, p. 726.

Una exitosa campaña de diferenciación de los productos, ya sea mediante publicidad, ofrecimiento de servicios o prestaciones complementarias, unida en muchos casos a una información deficiente del consumidor, puede garantizar la fidelidad de los consumidores a un bien. Diferenciación que se acentúa en presencia de la titularidad de derechos de propiedad industrial (el derecho exclusivo a la explotación de una patente, el derecho de uso exclusivo de un determinado signo distintivo de la actividad del empresario, etc.).

Así mismo, el modelo de competencia perfecta presupone la ausencia total de barreras de entrada y de salida de la industria. Las eventuales posiciones de poder en el mercado tendrán, a lo sumo, un carácter meramente transitorio, ya que la posibilidad de obtención de beneficios extraordinarios actúa como reclamo para que nuevas empresas entren en la industria, desplazando de nuevo los precios de los productos a niveles cercanos a sus costes de producción. Un análisis de los mercados reales pone de manifiesto que, puede que la entrada o salida de los mismos no sea libre, ni pueda operarse de forma tan automática como la competencia perfecta requiere. En los mercados existen barreras de entrada, cuya presencia puede obedecer, tanto a las circunstancias características de la producción o explotación de un bien –como por ejemplo, las ya mencionadas economías de escala-, como a circunstancias externas al mercado, concretamente, las barreras de entrada legales, vinculadas a la concesión de un poder exclusivo de tipo jurídico, como, por ejemplo, una patente de invención²¹².

²¹² PASCUAL Y VICENTE: *Diccionario de derecho y economía de la competencia en España y en Europa*, Madrid, 2002, define las barreras de entrada como “las dificultades y costes asociados que una empresa tiene que salvar para entrar en un nuevo sector productivo”, clasificándolas en dos grandes grupos: barreras legales y reglamentarias y barreras inherentes al propio mercado. Dentro de este segundo grupo cabe incluir: economías de escala, inversiones de capital precisas para entrar en el sector, diferenciación del producto o imagen de marca de las empresas ya establecidas, dificultad de acceso a los canales de distribución y costes de adaptación de las estructuras productivas y de adiestramiento del personal a la nueva actividad.

La determinación de la existencia o no de barreras de entrada en una determinada industria es clave en la configuración del ilícito *antitrust*, ya que los eventuales efectos lesivos para la competencia de una determinada práctica empresarial pueden verse mitigados –o incluso anulados- si las fuerzas del mercado, a través de

En un sistema de competencia perfecta los recursos van a destinarse a la satisfacción de las necesidades de los consumidores, que se configuran como soberanos. Las empresas habrán de responder a la demanda de éstos –demanda que expresa la prioridad o relevancia que los mismos atribuyen a sus distintas necesidades-. Ahora bien, el proceso de formación de voluntad del consumidor requiere que éstos posean información completa sobre todos los factores relevantes (precios cobrados por otras empresas, existencia de alternativas, etc.). Se exige por tanto, una transparencia de los mercados, que es, en muchos casos, inviable de forma natural²¹³.

Por último, este modelo exige que las eventuales decisiones de las empresas sobre la conducta a seguir en el mercado se determinen de forma autónoma e independiente. Requiere de la actuación competitiva de las empresas. No toma en consideración que las empresas pueden decidir sustituir los riesgos de la competencia entre ellas por una actuación conjunta²¹⁴, posibilidad de actuación concertada o coordinada (fijación de

la entrada de nuevos competidores, permiten contrarrestar las situaciones de poder económico en el mercado.

El problema que se plantea es la inexistencia de una actitud uniforme de los economistas, tanto sobre el concepto como la magnitud de las barreras de entrada (DEMSETZ: “Barriers to entry”, 72, *American Economic Review*, 1982, pp. 47 y ss). Así, por ejemplo, la Escuela de Harvard, encabezada por BAIN, mantuvo un concepto amplio de barreras de entrada mientras que la Escuela de Chicago relativiza su importancia, defendiendo que las únicas barreras de entrada discutibles son las barreras artificiales, creadas por los poderes públicos, cuando exigen autorización administrativa para establecerse en un determinado mercado o cuando aplican otras modalidades de reglamentación restrictiva. En el ámbito europeo, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han acogido, tradicionalmente, un concepto amplio de barreras de entrada, que incluye prácticamente cualquier factor o circunstancia que haga particularmente difícil el acceso de una empresa a un determinado mercado, como, por ejemplo, necesidades de capital, economías de escala, diferenciación de productos, etc. Vid., *in extenso*, WHISH: *Competition Law*, cit., pp. 156-161.

²¹³ Vid. SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, cit., pp. 29 y 30.

²¹⁴ El propio Adam Smith era consciente de los riesgos de actuación coordinada o conjunta de las empresas en el mercado como pone de manifiesto el tantas veces citado pasaje de *La riqueza de las naciones*: “Gentes del mismo negocio rara vez se ponen de acuerdo sin que la fiesta termine en una conspiración contra el público, o en un plan para subir los precios”.

los precios, reparto de mercados, etc.) que será tanto mayor, cuánto menor sea el número de empresas que integran el mercado²¹⁵ .

Pese a la existencia de estos fallos, el modelo clásico de competencia perfecta conserva un indudable valor teórico como paradigma o modelo que, con las oportunas correcciones, puede ser utilizado como marco de referencia en la concreción de la política antimonopolio. Así, por ejemplo, el Derecho de la libre competencia ha de distinguir entre fallos “esenciales” al propio sistema de mercado, como la posibilidad de situaciones de poder en el mercado fruto del crecimiento interno de las empresas o resultado de la existencia de economías de escala, que han de ser tolerados y fallos “subsanales” como la actuación empresarial tendente a la erección de barreras de entrada, a la concertación de las políticas competitivas de las distintas unidades empresariales o a la creación de posiciones de poder a través del crecimiento externo o integración interempresarial; fallos que pueden ser sujetos al control jurídico a fin de que en los mercados pueda desarrollarse un grado de competencia, no ya perfecta, pero sí eficaz o practicable.

²¹⁵ También ha sido objeto de crítica la presunción sobre la que opera el modelo analítico de la escuela clásica de actuación racional, maximizadora de beneficios de los agentes empresariales. Se han señalado diversas motivaciones, fundamentalmente en los casos de separación entre la propiedad y control de las empresas, diversas de la pura maximización de beneficios, que pueden orientar la política empresarial de sus administradores o directivos (incremento de la cuota de mercado, mejora de la imagen social, de las condiciones laborales, incremento del valor de mercado de las acciones, recuperación de las inversiones realizadas, etc.). No obstante, la mayoría de los autores concluyen que, pese a que la hipótesis de maximización de beneficios es una simplificación de la realidad, es un objetivo suficientemente general y relevante como para constituir una guía útil de análisis y permitir elaborar una teoría válida sobre el comportamiento de las empresas. Vid. SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, cit., pp. 38 y ss.; LIPSEY: *Introducción a la economía positiva*, cit., pp. 358 y ss.

2.4. *Distintos modelos de valoración de la eficiencia económica*

La competencia como principio rector del sistema económico tiene determinadas funciones de naturaleza económica: “distribución de los ingresos en función de las propias prestaciones, composición de la oferta en función de las preferencias de la demanda; asignación de los factores de producción a la más rentable de las aplicaciones posibles; adaptación de la capacidad de la producción a las variaciones de la demanda y de la técnica y estímulo del progreso tecnológico”²¹⁶.

Virtualmente, toda la doctrina y los juristas contemporáneos están de acuerdo en que el Derecho *antitrust* y su aplicación debería tender a incrementar la permeabilidad de los productores frente a las necesidades y deseos de los consumidores y a optimizar el uso de los recursos escasos. El Derecho de la libre competencia está llamado a cumplir, por tanto, determinados fines de naturaleza económica, en concreto, la obtención de la eficiencia económica. Existe, no obstante, un fuerte desacuerdo sobre el modelo conceptual adecuado para valorar la obtención de este objetivo. ¿Cómo se define la eficiencia económica? Y, una vez definida, ¿cómo se implementa? No existe unanimidad entre los economistas sobre el modelo analítico más adecuado para valorar la incidencia de una práctica empresarial desde el punto de vista de la eficiencia económica. Los enfoques varían desde la confianza en la interacción entre numerosos competidores rivales hasta la fe en el juicio empresarial libre²¹⁷.

²¹⁶ Vid. MASSAGUER FUENTES: “Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, *cit.*, pp. 245 y ss.

²¹⁷ “El abanico de perspectivas acerca de como el Derecho antimonopolio debe conducir a la eficiencia económica es casi tan amplio como el abanico de opiniones sobre que objetivos debe perseguir este sector del ordenamiento jurídico”. “La propuesta de utilizar exclusivamente criterios económicos en la valoración de las conductas susceptibles de infringir las normas *antitrust* no ofrece mayor seguridad jurídica... sino nueva confusión. No existen más probabilidades de que dos economistas estén de acuerdo que de que lo estén dos abogados, sólo un abogado desilusionado o un economista ingenuo podría pensar de otra manera”. Vid. FOX: “The modernization of antitrust”, *cit.*, pp. 1158 y ss. “Un economista puede argumentar creiblemente las dos partes de una proposición controvertida” FOX: “The politics of Law and Economics in Judicial Decision making”, *cit.*, p. 556. En el

Por tanto, la afirmación de que la eficiencia económica ha de constituir el único criterio guía del análisis *antitrust* sobre la base de que proporciona un camino claro y cierto y elimina la necesidad de realizar complicadas elecciones entre valores en conflicto, es falsa. Los distintos modelos propuestos se apoyan en una serie de presunciones –e incluso dogmas de fe- sobre el funcionamiento de los mercados. La propia selección de uno u otro enfoque sobre la eficiencia implica ya una confrontación con las mismas y difíciles cuestiones políticas²¹⁸.

El Derecho de la libre competencia tiene la difícil misión de intentar ordenar fuerzas de naturaleza económica mediante reglas jurídicas. No opera con certezas o afirmaciones incuestionables, sino con intuiciones y presunciones, tanto sobre los efectos económicos de las conductas empresariales, como sobre la eficacia de las prescripciones jurídicas²¹⁹. Los intentos, por ejemplo, de la Escuela de Chicago de dotarlo de certeza son artificiales ya que, en la propia conformación de su modelo analítico se ve obligada a recurrir a su vez a determinadas presunciones sobre el funcionamiento de los mercados.

En este apartado, expondremos dos visiones sobre la eficiencia económica y sobre el modo en que el Derecho de la libre competencia ha de ser interpretado y aplicado para potenciarla. La primera de ellas identifica el ilícito competitivo con las prácticas empresariales susceptibles de restringir

mismo sentido, vid. NEALE: *The Antitrust Laws of the United States of America*, 1960, p.487. Vid., no obstante, ELZINGA: “The goals of antitrust: other than competition and efficiency, what else counts?”, *cit.*, pp. 1212, “Si bien es cierto que, incluso utilizando los instrumentos analíticos básicos de la teoría económica ortodoxa, los economistas pueden estar en desacuerdo sobre las implicaciones desde el punto de vista de la eficiencia de los fenómenos económicos, incluidas las conductas empresariales a las que es de aplicación la normativa *antitrust*,... es más probable que dos economistas estén de acuerdo en que una determinada política sea eficiente que en que sea socialmente deseable en atención a consideraciones éticas...”.

²¹⁸ Vid. KAUPER: “The Warren Court and the antitrust laws: of economics, populism and cynism”, *cit.*, pp. 330.

²¹⁹ “Generalmente, la política antimonopolio se apoya más en la fe, que en la constatación empírica”. FOX: “The modernization of antitrust”, *cit.*, pp. 1140 y ss.

la producción. Este es el enfoque seguido actualmente en EE.UU., enfoque que tiene su origen en las posiciones de la Escuela de Chicago que informarán el análisis *antitrust* desde la década de los ochenta. Un segundo enfoque más amplio es el seguido en la Comunidad Europea, en el que se parte de la estructura y dinamismo de los mercados, y se identifica la lesión a la competencia con conductas que interfieren y degradan el mecanismo de mercado.

*2.4.1. Restricción de la producción. Protección del bienestar del consumidor en sentido técnico*²²⁰

Este modelo de análisis acoge determinados aspectos de la teoría clásica de la competencia perfecta, en concreto, la confianza en la actuación libre de los mercados y la necesidad de reducción al mínimo de la injerencia estatal y se centra en la competencia como instrumento para la consecución de un determinado resultado –la eficiencia en la asignación de los recursos escasos²²¹.

Con arreglo a este modelo, el único objetivo que deben perseguir las normas antimonopolio es el bienestar de los consumidores. Ahora bien, este concepto es utilizado en un sentido técnico, que se separa de las connotaciones usuales que generalmente van asociadas a la protección de los intereses de los consumidores. El término “bienestar del consumidor” no refleja los intereses de los consumidores en evitar la obtención de rentas monopolísticas por parte de las empresas –y el consiguiente traspaso de rentas de los consumidores a los productores- o, los eventuales intereses de

²²⁰ Vid. para un desarrollo pormenorizado de este modelo de análisis económico y su aplicación a las distintas categorías de conductas empresariales, tradicionalmente objeto del Derecho antimonopolio, BORK: *The Antitrust Paradox*, cit.

²²¹ El juez BORK define la competencia como “un concepto indeterminado, una expresión que abarca cualquier situación empresarial en la que el bienestar del consumidor no pueda ser incrementado mediante el paso a un escenario alternativo a través de una decisión judicial”. BORK: *The Antitrust Paradox*, cit., p. 61. Tal y como señala el profesor FLYNN (“Reaganomics and antitrust enforcement”, cit., p. 281) al partir este modelo de una concepción de la competencia como un proceso dirigido a la consecución de la eficiencia económica, necesariamente la competencia se define en términos de eficiencia.

los consumidores en la existencia de una variedad de fuentes de suministro y de productos en los mercados²²². El bienestar del consumidor se identifica con la eficiente asignación de los recursos. Existe una lesión de este bienestar social cuando se produce un despilfarro o una deficiente asignación de los recursos²²³. La sociedad pierde, no porque los productores se apropian del excedente de los consumidores, sino porque la demanda se desplaza del mercado de los bienes monopolizados a otros bienes que son más costosos de producir para la sociedad.

Como el único objetivo protegido por el Derecho *antitrust* es la eficiencia económica, sólo deberán ser prohibidas aquellas conductas empresariales susceptibles de generar ineficiencia en la asignación de recursos²²⁴. Ante la dificultad de su medición, se propone un criterio de valoración aproximado, una práctica sólo será anticompetitiva si origina restricciones artificiales de la producción en mercados dados (si confiere poder de mercado y posibilidades de ejercicio efectivo del mismo). Se defiende la preservación de la competencia desde una perspectiva cuantitativa, de modo que, no existirá una violación de la ley a menos que un determinado acuerdo o una conducta unilateral restrinja “cuantitativamente” la competencia, al provocar una restricción global de la producción en un determinado mercado. Así, por ejemplo, con arreglo a esta teoría, un acuerdo entre varias empresas para excluir a un competidor del mercado no sería ilícito a menos que se pudiera probar que, como consecuencia de esta conducta, la producción total del mercado se vería afectada.

²²² Vid. EASTERBROOK: “The limits of antitrust”, *cit.*, p. 13 Vid. FOX: “The modernization of antitrust”, *cit.*, pp. 1140 y ss.

²²³ “A largo plazo un consumidor se beneficia de una política tendente a incrementar la eficiencia en la asignación de los recursos y la eficiencia productiva”, vid. EASTERBROOK: “Workable antitrust policy”, *cit.*, p. 1703.

²²⁴ “El Derecho *antitrust* debe contentarse con identificar intentos empresariales de restringir la producción y dejar que todas las demás decisiones, correctas o equivocadas, sean tomadas por los millones de centros de decisión privados que conforman la economía americana”. BORK: *The Antitrust Paradox*, *cit.*, p.123.

¿Cómo sabemos si una determinada práctica empresarial va a originar una restricción de la producción? Los defensores de este modelo proponen la valoración de los efectos de una conducta empresarial con arreglo a la teoría neoclásica de los precios, apoyando su razonamiento en una serie de afirmaciones sobre el funcionamiento de los mercados. Se parte, en general, de la confianza en el poder disciplinario y en la fuerza dinámica de los mercados y de la actuación racional de las empresas. Los mercados funcionan bien y castigarán rápida y eficazmente una conducta explotativa²²⁵. Cualquier intento de obtención de beneficios supracompetitivos actuará como reclamo para la entrada de nuevas empresas o el desarrollo de las existentes. Esta capacidad correctora de los mercados se sustenta en la afirmación de que los recursos pueden moverse rápidamente hacia su mejor uso (manifestado por las preferencias expresadas de los consumidores en la demanda) y de que las empresas pueden fácilmente superar las eventuales barreras de entrada a un determinado mercado. Se relativiza la importancia de las mismas, las únicas barreras de entrada realmente importantes vienen constituidas por las restricciones legales o administrativas o la tecnología (acicate para el desarrollo de nuevos y mejores productos y la búsqueda de fórmulas más eficientes de producción o distribución de los bienes o servicios). Esta confianza en la capacidad autocorrectora de los mercados se extiende al juicio empresarial. Se considera que la mayoría de las decisiones empresariales son beneficiosas y tienden a incrementar la producción y, por tanto, se defiende en los casos dudosos –en los que los posibles efectos de una práctica sobre la producción en un mercado sean ambiguos- una regla de no intervención (inaplicación de la normativa *antitrust*)²²⁶. Con carácter

²²⁵ La competencia es dinámica e intensa y los incentivos a la innovación son numerosos, incluso en mercados altamente concentrados. La existencia de una tendencia a la concentración en determinados mercados puede significar bien que, simplemente, ese mercado no tiene sitio para más empresas, como consecuencia de la existencia de economías de escala o, que algunas empresas son capaces de obtener mayores beneficios como consecuencia de reducciones en sus costes o mejoras de sus productos que los competidores existentes o potenciales son incapaces de duplicar. POSNER: “The Chicago School of Antitrust Analysis”, *cit.*, p.945; EASTERBROOK: “The Limits of Antitrust”, *cit.*, pp. 1 y ss.

²²⁶ El juez EASTERBROOK defenderá en diversos artículos esta regla de no intervención en los casos en los que los efectos económicos de una determinada práctica empresarial no sean evidentes, utilizando un triple razonamiento para sustentar su propuesta: en primer lugar, la mayoría de las prácticas empresariales

general, la práctica será procompetitiva o, a lo sumo neutral, si ésta se revelara anticompetitiva –desde el punto de vista de la eficiencia- las propias fuerzas del mercado se encargarían de corregirlas.

Una aplicación estricta de este modelo reduce extraordinariamente el campo de aplicación tradicional del Derecho *antitrust*, sólo algunas prácticas empresariales puntuales, como por ejemplo, los acuerdos horizontales de fijación de precios o reparto de mercados (*hard-core cartels*) podrían superar el test puro de restricción de la producción²²⁷.

Pese a que el criterio de la restricción de la producción continúa siendo actualmente el parámetro principal, con arreglo al cual valorar la licitud de una práctica empresarial, en la práctica de las agencias administrativas y de los tribunales estadounidenses, diversas teorías económicas “post-Chicago” están empezando a ejercer su influencia, corrigiendo algunas presunciones teóricas sobre la capacidad de autosaneamiento de los mercados y señalando la posibilidad de que determinadas prácticas empresariales constituyan estrategias racionales que pueden dar lugar a un incremento de precios o a una reducción de la producción, y que no habrían despertado los recelos con arreglo a la aplicación más estricta de las tesis de la Escuela de Chicago²²⁸.

son beneficiosas, por tanto, es poco probable que la no persecución de una conducta sobre cuyos efectos no se tiene suficiente información, sea perjudicial. En segundo lugar, el sistema económico es más eficiente en la corrección de prácticas lesivas de la competencia que en la corrección de errores judiciales como consecuencia de condenas de prácticas beneficiosas. Por último, en la mayoría de los casos, los costes sociales asociados a una práctica monopolística permitida erróneamente son escasos, mientras que los costes de condena de una práctica competitiva son mucho mayores. Vid. EASTERBROOK: “The Limits of Antitrust”, *cit.*, pp. 15 y ss.; IDEM: “Workable antitrust policy”, *cit.*, p. 1701.

²²⁷ En realidad, incluso estas conductas colusorias estarían sujetas al poder disciplinario del mercado, ahora bien, la mayoría de los proponentes de este modelo de análisis no condena la prohibición jurídica de estos acuerdos, ya que a pesar de que su vida sea limitada, pueden durar lo suficiente como para causar restricciones significativas de la producción. Vid. BORK/BOWMAN: “The crisis in antitrust”, *cit.*, p. 366.

²²⁸ Vid. GELLHORN/KOVACIC: *Antitrust Law and Economics*, *cit.*, pp. VI y ss.; FLYNN: “Reaganomics and antitrust enforcement”, *cit.*, pp. 269 y ss.; SULLIVAN: “Post-Chicago economics”, *cit.*, pp. 669 y ss. Para una perspectiva general de las

2.4.2. Protección del proceso competitivo

Un enfoque diverso y más amplio de valoración del daño a la competencia, es el seguido en la Comunidad Europea; enfoque de carácter dinámico, cuyo centro lo constituye la protección del proceso competitivo en cuanto tal. Se parte de la eficiencia definida como satisfacción de los intereses de los consumidores a largo plazo e implementada mediante la protección del proceso competitivo.

El Derecho de la competencia comunitario se apoya en la creencia de que los mercados abiertos y la acción independiente de los agentes empresariales conducen a la eficiencia económica. Este enfoque, por tanto, no pretende definir resultados eficientes. No se centra en conceptos como “excedente del consumidor”, “coste marginal” o “pérdida de bienestar social”, sino en la preservación de un ambiente en los mercados en el que pueda surgir una vigorosa rivalidad y que, se presume, constituye el mejor instrumento para la consecución de la eficiencia económica en sus tres vertientes: eficiencia asignativa, productiva y dinámica²²⁹. Hay que atender a la estructura y dinamismo de los mercados y preguntarse si la conducta analizada interfiere y degrada el mecanismo de mercado. La libertad de empresa sin obstrucciones artificiales del mercado se presume en interés

distintas teorías “post-Chicago”, vid. AA.VV: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham- Northampton, 2002.

²²⁹ Con arreglo a este modelo, el objetivo a perseguir, no es tanto la consecución de un determinado resultado económico, sino la protección del proceso competitivo en sí, en la convicción de que este proceso conducirá a los resultados económicos deseados: mejor aprovechamiento de los recursos escasos y fomento de la innovación y del desarrollo tecnológico. Algunos autores han señalado la analogía existente entre la libertad de competencia y la libertad de expresión. Así, la protección de la libertad de expresión no tiene como objetivo proteger “el discurso bueno” e impedir el malo, sino facilitar el desarrollo y el flujo del discurso. Se centra en la preservación del proceso no en el resultado, en la convicción de que es el proceso en sí es lo verdaderamente relevante y digno de protección jurídica, protección que desembocará en la consecución de los resultados más deseables y en la capacidad autocorrectora del proceso a largo plazo. Vid. FOX: “The modernization of antitrust”, *cit.*, p.1180, nota 143.

público –especialmente en el interés económico público-. Las barreras deben estar justificadas. Se defiende la preservación de la estructura competitiva y del carácter abierto de los mercados, se favorece la diversidad y el pluralismo y se exige la necesidad de justificación de las eventuales barreras de entrada o salida de los mercados a las que pueda dar lugar la actuación empresarial²³⁰.

Esta consideración de la eficiencia económica y del papel que ha de desempeñar el Derecho de la libre competencia en su consecución se apoya, a su vez, en determinadas consideraciones o presunciones sobre el funcionamiento de los mercados. Frente al modelo de la restricción de la producción que descansaba en la confianza en el poder autocorrector de los mercados, este modelo se muestra mucho más receloso de las bondades de la actuación libre en los mercados. Se considera que los mercados son naturalmente imperfectos, se duda de la pretendida soberanía del consumidor, invirtiéndose los términos de la relación entre oferentes y demandantes; ellos no son los auténticos directores del proceso productivo a través de la demanda, sino los destinatarios del mismo, generalmente a merced de los productores. Las barreras a la entrada son altas y estables. La capacidad de reacción y castigo del mercado de conductas explotativas por parte de empresas ya establecidas es lenta, constituyendo la entrada de nuevos competidores en un mercado la principal fuente de progreso e innovación.

¿Cómo se configura en la práctica la protección del proceso competitivo? El Derecho de la libre competencia debe garantizar la existencia y mantenimiento de estructuras económicas razonables –condiciones estructurales de los mercados- mediante el control de la concentración empresarial y de las conductas empresariales susceptibles de erigir barreras de entrada artificiales o de excluir a un competidor del mercado. A diferencia del modelo anterior, éste se centra más en la preservación de bajas barreras de entrada y mayor oportunidad de acceso a los mercados y éxito de las empresas no establecidas, que en la promoción de la eficiencia de las empresas establecidas.

²³⁰ Vid. FOX: “What is Harm to Competition?”, *cit.*, pp.371 y ss.

Ambos modelos, el modelo de la restricción de la producción y el modelo de protección del proceso competitivo, se apoyan en una serie de presunciones sobre el funcionamiento de los mercados que condicionan y dibujan la política *antitrust* a seguir para conseguir el mismo objetivo: la eficiencia económica, pero con instrumentos distintos. Los primeros, confiando en la capacidad autocorrectora de los mercados libres, desconfían de la intervención normativa. Los segundos apoyándose en la capacidad de los mercados abiertos –y en la necesidad de la mediación pública para garantizar esta apertura- favorecen la intervención *antitrust*.

III. CONCLUSIÓN

El examen del nacimiento y evolución de dos de los principales sistemas jurídicos en materia de competencia, el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo, ha puesto de manifiesto una de las principales características que definen este cuerpo normativo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos: su dinamismo. Efectivamente, el Derecho de la competencia no es inmutable e universal, antes al contrario, es un Derecho que se va haciendo y moldeando en función de las circunstancias económicas y, en gran medida, políticas, presentes en cada momento en un territorio. La íntima conexión de este sector del ordenamiento jurídico con el sistema de ordenación económica de libre mercado determina que los vaivenes que éste experimente –en forma de demanda de una mayor o menor intervención de los poderes públicos en su desarrollo-, repercutan también en aquél, en cuanto constituye, precisamente, una manifestación del papel de los poderes públicos en la ordenación de la libertad de empresa. De este modo, a etapas caracterizadas por una desconfianza frente a la actuación pública en la economía y una demanda de abstencionismo estatal, corresponde una minimización –o, incluso, rechazo frontal- del alcance del Derecho *antitrust*, mientras que en situaciones de recelo o escepticismo respecto de la capacidad autosaneadora de los mercados y de los beneficios asociados a la

actuación empresarial no sujeta a controles, el Derecho regulador de la competencia amplía su campo de actuación y se aplica de forma rigurosa.

El análisis de la evolución histórica de la normativa *antitrust* americana revela que, en su origen, la principal preocupación de los legisladores era evitar actuaciones privadas de las empresas que ahogaran el desarrollo de la libre competencia. Conforme empiezan a cuestionarse los pilares que sustentan el modelo de competencia perfecta, en concreto a medida que se demuestran las posibilidades de una mayor eficiencia económica ligadas al tamaño empresarial, empezarán a revisarse los parámetros tradicionales de evaluación de la anticompetitividad de una conducta empresarial. Las normas *antitrust* abrirán sus perspectivas, para acoger nuevos criterios que permitan tener en cuenta que el progreso material no es sinónimo de atomización de mercados. De un enfoque plural del Derecho de la libre competencia, como instrumento para la promoción y consecución de una multitud de valores, tanto económicos, como políticos y sociales, se pasa a una perspectiva que da preponderancia –o incluso valor exclusivo- a uno sólo de estos objetivos: la eficiencia económica.

El Derecho comunitario de la competencia –a diferencia de su homólogo estadounidense- ha experimentado una diversa evolución. Pese a que en los últimos años se ha llevado a cabo un proceso de modernización de las normas europeas que, entre otras cuestiones, determina que a las autoridades de la competencia –principalmente a la Comisión Europea-, les sea exigida una mayor solidez y rigor económicos en la valoración de la eventual anticompetitividad de las conductas empresariales, no cabe hablar de identificación entre el sistema europeo y el modelo americano actualmente vigente. En Europa se mantiene una concepción plural del Derecho *antitrust* coherente con una concepción de competencia centrada, más en la importancia del desarrollo del proceso competitivo en sí, que en la obtención de un determinado resultado económico. A esta diferencia de enfoque entre competencia como mero instrumento para conseguir un determinado resultado: maximización del bienestar, fin último –y único- del Derecho *antitrust*, y competencia como proceso a cuyo desarrollo sin

obstáculos se vinculan intereses económicos, pero también políticos y jurídicos, hay que añadir un rasgo peculiar del Derecho europeo. La política de la competencia europea incluye, entre sus funciones, la sanción de conductas de los agentes económicos que puedan obstaculizar el proceso de integración de mercados, sanción que, generalmente, operará con independencia de las posibles eficiencias o beneficios económicos asociados a esas conductas.

Por lo que a la valoración o juicio que cada uno de estos modelos nos merece, anticipamos ya, que, si bien desde posturas más afines a las seguidas en el Derecho europeo, nos parece conveniente adoptar en el terreno de la protección jurídica de la libre competencia una actitud cauta, que tenga en cuenta el importante sustrato económico del que debe partir esta ordenación normativa y, por tanto, la necesidad de recurrir –aunque, en ningún caso, con carácter exclusivo- a criterios analíticos económicos para determinar el impacto competitivo de las prácticas empresariales.

De la evolución de los objetivos adscritos al Derecho *antitrust* en EE.UU. podemos extraer una serie de reflexiones que pretenden cuestionar el verdadero alcance de esta revolución eficientista y alertar sobre las posibilidades de importación del debate a Europa. Este nuevo test de la restricción de la producción cuya carga de la prueba compete al demandante, junto a la existencia de una serie de afirmaciones (que no dejan de ser presunciones) sobre el funcionamiento de los mercados, abre la puerta a una libertad de actuación enorme de las grandes empresas. Este “efecto colateral” nos genera ya, una primera sospecha, sobre la pretendida neutralidad política de estos modelos analíticos. ¿No se está enmascarando bajo esta aparente maraña exacta de argumentos económicos una protección a la gran empresa? El juego de selección y sustitución de unos agentes por otros es el alma de la economía de mercado. Si en un momento se llegó a alterar este juego, permitiéndose que las empresas siguieran operando en el mercado aun a despecho de su propia ineficiencia, ¿no se está llegando –encubriéndose con estas teorías pretendidamente “asépticas”- al extremo opuesto? ¿No se está cerrando el

juego a otros individuos al impedirseles comenzar a jugar, protegiéndose a los jugadores ya instalados?

Un modelo centrado en la tutela del proceso competitivo tampoco está exento de inconvenientes. El riesgo principal lo constituye la posibilidad de que, un excesivo celo en la persecución de conductas excluyentes, es decir, que conducen a la eliminación de la competencia actual o dificultan el acceso a los mercados de competidores potenciales, conduzca a la condena de prácticas eficientes y acabe perjudicando a los consumidores. Este peligro surge porque la lesión de los intereses de los competidores puede obedecer a uno de los dos siguientes escenarios. En primer lugar, puede ser fruto de la actuación injustificada –alejada de la competencia sobre la base de los méritos empresariales–, de empresas en una especial situación de poder económico en el mercado. Ahora bien, como hemos indicado anteriormente, la sustitución de unas empresas por otras constituye la propia esencia del libre mercado. La exclusión de los competidores, puede ser, simplemente, resultado de la superior eficiencia de una empresa, manifestada en la oferta de superiores productos o servicios o de mejores condiciones de transacción. La dificultad de distinguir, en la práctica, entre uno u otro tipo de conducta, constituye el principal reto que tiene que afrontar un sistema, que como el europeo, protege la existencia de mercados abiertos. Para ello, consideramos preciso, un reparto equitativo de la carga de la prueba entre las partes afectadas (autoridades de la competencia y empresas) y un análisis sólido y riguroso en el que se ponderen los efectos económicos inmediatos y reales de una conducta con sus efectos hipotéticos o futuros. La prueba de la anticompetitividad de una conducta ha de venir precedida de una delimitación y análisis de los mercados afectados y debe apoyarse en la existencia de efectos distorsionadores de la competencia evidentes y sustanciales. Del mismo modo, a las empresas afectadas ha de concedérseles la oportunidad real de justificar su conducta, de demostrar que los eventuales efectos excluyentes de la misma tienen una causa legítima, de tal forma que cualquier efecto anticompetitivo asociado a la práctica examinada puede ser debidamente compensado en atención a los beneficios procompetitivos que de ésta igualmente se derivan.

La contraposición entre estos dos modelos evidencia el verdadero problema que subyace en la determinación del alcance de la normativa *antitrust*: la fijación del papel que al Estado le compete en la ordenación de la actividad económica y la capacidad del Derecho antimonopolio de intervenir eficazmente en el funcionamiento y desarrollo de los mercados. Cada uno de ellos se apoya en dos órdenes distintos de creencias. El modelo estadounidense actual –fruto de las teorías de Chicago y de determinadas correcciones Post-Chicago– confía en el funcionamiento eficiente de los mercados y en su capacidad autocorrectora (movilidad de los recursos, inexistencia de barreras de entrada, importancia de las economías de escala, confianza en la *bona fides* de los agentes empresariales...). El modelo europeo desconfía de ese poder curativo y de la actuación “eficiente” de las grandes empresas y considera que el funcionamiento eficiente de los mercados requiere que éstos sean abiertos, que las empresas ya instaladas van a intentar, precisamente, cerrar las puertas de esos mercados y que, por tanto, a los poderes públicos les corresponde el papel, efectuado a través de la normativa *antitrust* de garantizar las posibilidades de acceso a los mismos de los agentes económicos.

Concluimos con una reflexión de GIULIANO AMATO recogida por WHISH²³¹ que enlaza con la cita que introduce este capítulo sobre los objetivos del Derecho de la libre competencia. “Es un hecho que dentro de una sociedad liberal, una de las principales divisiones de identidad política (y por tanto, de identificación) se encuentra entre estos dos lados: el lado que teme más al poder privado, y por tanto, está dispuesto a dar más espacio al poder gubernamental y el lado que, por el contrario, teme más la expansión del poder público, y por tanto, está más dispuesto a tolerar el poder privado”.

²³¹ WHISH: *Competition Law*, *cit.*, p.20.

*SEGUNDA PARTE: CONTRATOS VINCULADOS Y LIBRE
COMPETENCIA*

CAPÍTULO II.- CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN DE LOS CONTRATOS VINCULADOS: ELEMENTOS ESTRUCTURALES

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente una de las prácticas empresariales cuya valoración desde la perspectiva del Derecho de la libre competencia resulte más compleja es la conocida como vinculación contractual o, en terminología anglosajona, *tying arrangements*. En sentido amplio, los contratos vinculados pueden ser caracterizados como acuerdos en los que se requiere a una de las partes la aceptación de una obligación suplementaria que no tiene conexión con la obligación principal¹. Una definición similar ha sido propuesta por el Tribunal Supremo estadounidense, al referirse a los contratos vinculados como “un acuerdo por el que una parte condiciona la venta de un producto a que el comprador adquiera también un segundo producto diverso o, al menos, se comprometa a no adquirir ese producto a ningún otro proveedor”². En el marco de estas definiciones encuentran cabida tanto los contratos vinculados en sentido estricto (*tie-ins*), en los que existe un suministro condicionado de dos productos diferenciados, como los denominados *tie-outs*, en los que el adquirente se obliga –como condición de una venta particular- a no comprar a otros proveedores. El presente estudio se centra exclusivamente en la vinculación en sentido estricto, sin perjuicio de que, algunas de las soluciones que se alcancen puedan, dadas las similitudes entre ambas figuras, ser de aplicación a los *tie-outs*, que constituyen en realidad, una forma de aprovisionamiento o compra exclusiva³.

¹ Vid. WAELBROECK, D.: “The Compatibility of Tying Agreements with Antitrust Rules: A Comparative Study of American and European Rules”, *YEL*, 1987, p. 39

² *Northern Pacific R.Ry. v. United States*, 366 U.S. 1, 5-6 (1958).

³ Las obligaciones de aprovisionamiento exclusivo (*exclusive dealing*) se caracterizan porque el comprador se compromete a adquirir los bienes o servicios objeto del contrato de un único proveedor. El comprador se “ata” o “vincula” así a una determinada empresa proveedora. La distinción entre aprovisionamiento exclusivo y vinculación es difusa. Después de todo, en ambos casos, se vincula la compra de unas unidades o productos a la adquisición de otros. Las prácticas de

La vinculación en sentido estricto presupone, por tanto, la venta⁴ de un producto condicionada a la adquisición por parte del comprador de un

vinculación vendrían a constituir, en realidad, una forma o modalidad de aprovisionamiento exclusivo, cuya nota diferencial la constituye la existencia de productos diversos, objeto de comercialización en distintos mercados. (En este sentido, vid., *ad.ex.*, GINER PARREÑO *Distribución y libre competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*, Madrid, 1994, p. 86, quién maneja un concepto amplio de obligación de aprovisionamiento exclusivo, que engloba tanto las obligaciones de aprovisionamiento exclusivo “simples” como las “reforzadas”. Estas segundas hacen referencia a la vinculación entre productos que por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guardan relación con el objeto de un contrato, es decir a las prácticas caracterizadas en este trabajo como vinculación en sentido estricto). VELTROP (“Tying and Exclusive purchasing arrangements under EC competition law”, 31, CMLR, 1994, pp. 551 y ss.) identifica además, otras dos posibles diferencias entre ambas figuras. En primer lugar, la vinculación no exige necesariamente un compromiso de no competencia o exclusividad respecto del bien vinculado. En segundo lugar, las causas de justificación de una y otra práctica no suelen ser coincidentes ya que, mientras que el aprovisionamiento exclusivo puede contribuir a un ahorro de costes de la distribución de productos y a una planificación de la producción, los efectos positivos de la vinculación son, generalmente, reconducibles a la compatibilidad entre distintos productos. En cualquier caso, los efectos económicos de ambas prácticas son muy similares. Los posibles efectos anticompetitivos se articulan en torno a eventuales lesiones de la competencia intermarca o *interbrand*. De hecho, la Comisión Europea en sus *Directrices en materia de restricciones verticales*, encuadra tanto el aprovisionamiento exclusivo como la vinculación –junto con las obligaciones de no competencia y de imposición de cantidades– dentro del grupo de los denominados acuerdos de “marca única”, que se caracterizan por inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo concreto de productos en un único proveedor. Entre los principales peligros de estos acuerdos destaca la eventual exclusión de competidores de los mercados o la erección de barreras de entrada que obstaculicen el desarrollo de la competencia potencial, así como la restricción de la competencia intermarca y la posibilidad de facilitar comportamientos colusorios. Efectos anticompetitivos predicables, todos ellos, tanto del aprovisionamiento exclusivo como de la vinculación en sentido estricto. Ahora bien, pese a la similitud existente entre ambas conductas desde una perspectiva económica, en la práctica nos encontramos con la ausencia de un tratamiento uniforme. La actitud frente a las obligaciones de aprovisionamiento exclusivo ha sido tradicionalmente mucho más benévola, tanto en EE.UU. como en Europa, que la mantenida frente a las prácticas de vinculación, respecto de las cuales, como tendremos ocasión de examinar detenidamente a lo largo del presente trabajo, las autoridades en materia de competencia han mantenido generalmente una política de desconfianza y sanción. Sobre las similitudes y diferencias entre vinculación y aprovisionamiento exclusivo, vid., especialmente: VELTROP: “Tying and Exclusive purchasing arrangements under EC competition law”, *cit.*, pp. 549 y ss.; KAYSEN/TURNER: *Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis*, Cambridge, 1971, pp. 153 y ss.; GELLHORN/KOVACIC: *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, *cit.*, pp. 326 y ss.; GINER PARREÑO *Distribución y libre competencia*, *cit.*, pp. 86 y ss.; AREEDA: *Antitrust Analysis*, Boston, 1974, pp. 634 y ss.; HOVENKAMP: *Antitrust*, *cit.*, pp. 386 y ss.

⁴ El término venta es utilizado en un sentido amplio, bajo el que se engloba cualquier figura contractual cuyo objeto sea la puesta a disposición de un tercero de un producto, así, estarían incluidos dentro de este concepto, por ejemplo, los casos de suministro o arrendamiento.

segundo producto. Al primero se le denomina producto vinculante o principal (*tying product*) y al segundo, producto vinculado (*tyed product*)⁵. La preocupación de que de estas prácticas empresariales puedan derivarse efectos nocivos para el desarrollo del proceso competitivo en los mercados, ha determinado su sujeción, en los principales sistemas jurídicos, a un riguroso régimen de control, a fin de determinar su compatibilidad con la normativa reguladora de la libre competencia.

En el ámbito estadounidense, los contratos vinculados pueden ser considerados una práctica restrictiva de la competencia con arreglo a una pluralidad de normas. En primer lugar, estarían específicamente contemplados en la sección 3 de la *Clayton Act*⁶, pudiendo serles así mismo de aplicación las prohibiciones, más generales, de la sección 1 de la *Sherman Act* que sanciona los acuerdos entre empresas restrictivos del comercio⁷ y de la sección 5 de la *Federal Trade Commission Act*, referida a los actos de competencia “injustos” o desleales⁸. Finalmente, en determinadas

⁵ El término producto es utilizado con carácter general, abarcando tanto los bienes de cualquier naturaleza como las prestaciones de servicios.

⁶ “*It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption, or resale within the United States or fixed a price charged therefor, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale or contract for sale of such condition, agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce*”.

(“Será ilegal para toda persona dedicada al comercio, en el ejercicio del mismo, arrendar o hacer una venta o contrato para la venta de bienes, artículos, mercancías, maquinaria, suministros y otras mercancías, patentadas o sin patentar, para uso, consumo o reventa dentro de los Estados Unidos, alterar un precio cargado por ellos, o hacer algún descuento de él, o un reembolso sobre dicho precio, con la condición, convenio o inteligencia que el arrendatario o comprador no use o trafique en los bienes, artículos, mercancías, maquinarias, suministro u otra mercancía, del competidor o competidores del arrendador o vendedor, cuando el efecto de tal arriendo, venta o contrato de venta, o tal condición, acuerdo o inteligencia, pueda resultar en una disminución sustancial de la competencia o tender a crear un monopolio en cualquier línea de comercio”).

⁷ Vid., *supra*, Capítulo I, II.B.1, 1.1.

⁸ “*Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful*”.

ocasiones, la vinculación contractual puede encontrar acomodo en la sección 2 de la *Sherman Act* que sanciona los actos de monopolización e intento de monopolización de mercados⁹.

En el marco europeo, tanto el artículo 81 como el artículo 82 del Tratado de Roma consideran que existe una restricción prohibida de la competencia cuando la conclusión de los contratos se subordina a “la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”¹⁰. Asimismo, el Reglamento sobre control de las concentraciones entre empresas ha sido objeto de aplicación a operaciones de crecimiento externo empresarial de las que se temía pudieran facilitar la celebración de prácticas de vinculación¹¹.

Ahora bien, la fenomenología potencialmente encuadrable en el tipo objeto de análisis es amplísima, lo que hace necesario precisar el alcance de los dos elementos básicos, necesarios para que quepa hablar de la existencia de un contrato vinculado a efectos de la aplicación de la

(“Los métodos desleales de competencia en el comercio y las prácticas o actos desleales o engañosos en el comercio se declaran ilegales mediante la presente Ley”).

⁹ Vid., *supra*, Capítulo I, II.B.1, 1.1.

¹⁰ Vid. artículo 81 (e) y artículo 82 (e) del Tratado de Roma.

¹¹ Caso *GE/Honeywell*, decisión de la Comisión de 3 de julio de 2001, Asunto IV/M.2200 (apelada y pendiente de resolución); caso *Tetra Laval/Sidel*, decisión de la Comisión de 30 de octubre de 2001, Asunto IV/M.2146. Esta decisión fue anulada en apelación por el TPI (Asunto T-5/02 *Tetra Laval BV v. Comisión* [2002] ECR II-4381[2002]). Estos casos se enmarcan dentro de una de las cuestiones más debatidas en el terreno del control de la concentración empresarial, la posibilidad de que de las concentraciones conglomeradas puedan derivarse los conocidos como “efectos cartera” o *portfolio effects*. Con esta expresión se hace referencia a la eventualidad de que este tipo de concentraciones puedan indirectamente reforzar o solidificar posiciones de poder en el mercado, no a través de modificaciones estructurales de los mercados, sino facilitando la realización de determinados comportamientos anticompetitivos, como por ejemplo, prácticas de vinculación. Vid. NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, 2003, pp. 13 y ss., disponible en www.dti.gov.uk/ccp/publications.htm; OCDE. Competition Policy Roundtables. No.37, *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFFE/COMP(2002)5. El tema es analizado, *in extenso*, en otros apartados de este trabajo. Vid., *infra*, Capítulo III. III.C.

normativa antimonopolio: existencia de dos productos diferenciados y vinculación o unión entre ellos.

A esta primera dificultad, ha de añadirse una segunda. Si bien existe consenso sobre la necesaria presencia de los dos requisitos señalados para apreciar la existencia de un contrato vinculado, la unanimidad desaparece en el momento de determinar si la concurrencia de éstos agota totalmente la configuración de la figura o si, por el contrario, a los mismos han de serles añadidos otros requisitos de estructuración o conformación. Especialmente cuestionada es la necesidad de la presencia de un elemento “coercitivo” en la determinación del tipo.

Particularmente polémica resulta esta fase de delimitación de la conducta en el ámbito estadounidense, debido a la sujeción de los contratos vinculados a una regla de prohibición *per se* que, si bien presenta determinadas particularidades frente a las tradicionales reglas de prohibición *per se* aplicables a otras conductas empresariales, como por ejemplo, a la fijación horizontal de precios, constriñe no obstante, las posibilidades de apreciación de los tribunales y las autoridades administrativas de los efectos reales de una práctica de vinculación sobre los mercados. Esta regla ha motivado el surgimiento de una serie de maniobras de elusión de la rigidez de la prohibición que, como tendremos ocasión de examinar, han oscurecido la política *antitrust* estadounidense frente a las prácticas de vinculación, introduciendo numerosos puntos de confusión respecto al alcance de los elementos estructurales o sustantivos de esta figura¹².

La cuestión de la determinación de los elementos sustantivos o estructurales no tiene un carácter meramente teórico o de reflexión filosófica abstracta, antes al contrario, reviste una enorme trascendencia práctica, manifestada en la delimitación de la carga de la prueba que

¹² BAKER (“The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: cutting the Gordian knot”, 66, *Vanderbilt Law Review*, 1980, pp. 1310 y ss.) considera que, en el análisis de la evolución de la política *antitrust* frente a los contratos vinculados, la aparente confusión conceptual sobre la interpretación de los elementos de la regla de prohibición *per se*, obedece más bien a la hostilidad judicial respecto a la propia existencia de la prohibición.

compete a cada una de las partes implicada en un proceso antimonopolio. Así, a la parte demandante compete probar tanto la existencia de la conducta delimitada en la norma como los eventuales efectos restrictivos de la competencia de la misma, corriendo la justificación de la conducta de parte de la empresa demandada¹³.

La primera parte de este capítulo tiene pues, como finalidad, identificar y determinar el alcance de los elementos necesarios para apreciar la existencia de un contrato vinculado. La esencia de esta conducta radica en el suministro condicionado de dos bienes o servicios diferenciados. Esta primera aproximación permite identificar dos elementos configuradores de la figura. Para que quepa hablar de vinculación es preciso, por tanto, que existan dos bienes diversos. En el apartado siguiente serán objeto de examen los distintos parámetros arbitrados por la doctrina y las autoridades públicas para identificar los productos implicados en una transacción empresarial a efectos de aplicación de la prohibición de vinculación. No basta con la mera existencia de bienes distintos, la vinculación requiere –tal y como se deduce del propio término- un lazo de unión entre ambos. En concreto, es necesario que los bienes se presenten como partes integrantes de un todo, de tal forma que no resulte posible para el comprador su adquisición individualizada o independiente. En el último apartado de este capítulo examinaremos las distintas posibilidades

¹³ Vid. Artículo 2 del Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*. “En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado”. Este precepto hace referencia sólo a la posibilidad de exención en los casos de aplicación del artículo 81 del Tratado. Ahora bien, pese a que el régimen del artículo 82 contiene una prohibición de carácter absoluto de las conductas abusivas llevadas a cabo por una empresa en posición dominante, el propio concepto de abuso abre la posibilidad a una baremación de intereses, y de hecho tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han admitido la posibilidad de que las empresas demandadas puedan justificar objetivamente su conducta, permitiéndose así destruir la presunción del carácter abusivo de la misma. Vid. WHISH: *Competition Law*, cit., p. 180.

de concreción, en la práctica, de este requisito de inescindibilidad entre prestaciones o bienes diversos.

II. EXISTENCIA DE DOS PRODUCTOS DIFERENCIADOS

A) EL PROBLEMA DE LA SEPARABILIDAD DE PRODUCTOS (*SINGLE PRODUCT ISSUE*)

Analíticamente, el primer paso en la evaluación de la vinculación contractual consiste en determinar si la conducta objeto de examen implica la venta de dos productos diferenciados o si, por el contrario, ha de ser vista como la venta de un solo producto compuesto¹⁴. Obviamente, no cabe hablar de vinculación o unión en los casos en los que, lo que se ofrece en el mercado es, en realidad, un único producto.

Ahora bien, una ojeada, incluso superficial, a los mercados, evidencia que la mayoría de los productos sujetos a contrato pueden ser descompuestos en diversos componentes y que, casi cualquier bien puede ser combinado con otro en una oferta más amplia y, en ocasiones, mejorada de la que resultaría de la venta de los distintos componentes aisladamente. Un ejemplo recurrente en la doctrina es la venta de un par de zapatos. ¿Puede considerarse que la venta de un par de zapatos, constituye la venta de dos productos diferenciados: zapato derecho y zapato izquierdo? Es más, ¿es en realidad la venta de un zapato, la vinculación de éste con sus cordones? Y, la venta de un traje de chaqueta, ¿puede verse como la venta conjunta de varios productos diversos: una chaqueta, un chaleco y un pantalón?

¹⁴ El juez BLACK, en el caso *Fortner Enterprises v. U.S. Steel Corp* (349 U.S. 495 [1969]), afirmó que, al principio de todo caso que valorase la existencia de un acuerdo enlazado, se encontraba el problema de determinar si realmente existían dos prestaciones separadas.

Es posible describir un producto como un paquete de componentes diferenciados incluso si éstos se encuentran físicamente integrados en el momento de su venta a los consumidores. Así, por ejemplo, la venta de un cinturón, ¿supone la venta de un paquete de hebilla y correas?, o, por utilizar otro ejemplo común en la doctrina, la venta de un automóvil, ¿Constituye la venta conjunta de diversos productos: motor, ruedas, carrocería, etc.? De hecho, mucho de lo que se considera manufactura o producción consiste, en realidad, en el montaje, por ejemplo a través de la integración física, de diversos componentes, los cuales frecuentemente son producidos por otras empresas¹⁵. Así, por ejemplo, una empresa dedicada a la fabricación de aviones, generalmente construirá sólo el esqueleto del avión, integrado por el fuselaje, las alas y la cola del avión y adquirirá de otras empresas las ruedas, el radar, equipo electrónico, etc., procediendo posteriormente a la unión de todos estos componentes diversos para crear la aeronave. La venta de este avión, ¿supone, por tanto, la venta de diversos productos unidos o enlazados?

Quizás intuitivamente pueda responderse negativamente a los ejemplos planteados y defender la existencia, en todos estos casos, de un único producto. No obstante, la respuesta no resulta tan inmediata en otras situaciones. ¿Puede considerarse que la venta de un automóvil con un equipo de audio constituye la venta de dos productos diferenciados? ¿Y la venta de un automóvil junto con la prestación del servicio de reparación y asistencia post-venta? ¿Los menús del día de un restaurante en los que se combina un primer y segundo plato constituyen la vinculación de dos productos diferenciados?

Estos ejemplos ponen de manifiesto la necesidad de establecer una regla de diferenciación de productos relevante desde la óptica del Derecho de la libre competencia, ya que la mera separación física o posibilidad de

¹⁵ El juez POSNER recalca el carácter compuesto de la mayoría de los bienes ofrecidos en el mercado: “Hoy en día, muy pocos bienes son producidos como una estatua, hecha simplemente mediante el vertido del bronce derretido en el molde – producto final único”. *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc.*, 737 F 2d 698 (7th Cir, 1984), párrafo 7.

descomposición física no resulta un criterio adecuado en cuanto extendería el análisis *antitrust* a la mayoría de los bienes ofrecidos en los mercados¹⁶.

Si la separación física no es un criterio apropiado para apreciar la existencia de dos productos diversos, a efectos de caracterización de la figura de la vinculación contractual prohibida en la norma, ¿qué es lo decisivamente relevante entonces? El recurso, en busca de indicios, a los textos legales en los que se recogen las prohibiciones no arroja precisamente resultados satisfactorios.

La prohibición de vinculación recogida, tanto en el artículo 81 como en el artículo 82 del Tratado de Roma, se extiende a “prestaciones suplementarias que, por su propia naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto principal de los contratos”¹⁷. La redacción de estos preceptos no es excesivamente afortunada y suscita numerosas cuestiones. De una interpretación literal parece deducirse que, dos productos constituirán bienes diversos a efectos de aplicación de la prohibición, siempre que entre ellos no exista “relación alguna”. Una interpretación en este sentido llevaría a la conclusión absurda de que la ley excluye la posibilidad de que, prestaciones o bienes relacionados, aunque sea en mínima medida, con el objeto principal puedan ser considerados dos

¹⁶ Vid. PASAHOW: “Tying and the single-product issue”, 54, ALJ, 1985, pp. 1219 y ss.; SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, St. Paul, Minn. 1977, p. 443; WHISH: *Competition Law*, cit., p. 607.

¹⁷ Pese a que la terminología utilizada en el Tratado, referida a la vinculación de “prestaciones” no es exactamente coincidente con el concepto de vinculación manejado en la jurisprudencia estadounidense, que hace referencia a la unión entre “productos”, consideramos que el examen de las principales decisiones de las autoridades comunitarias en aplicación de estos preceptos pone de manifiesto la identidad sustancial entre el concepto de *tying arrangement* estadounidense y práctica de vinculación comunitaria. De hecho, en las *Directrices sobre restricciones verticales*, la Comisión utiliza un concepto de vinculación muy semejante al establecido por el Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Northern Pacific R.Ry. v. United States* (cit.): “Existe vinculación cuando el proveedor supeedita la venta de un producto a la compra de otro producto distinto a sí mismo o a un tercero designado por él”. En ambos sistemas la identificación de la existencia de una práctica de vinculación tiene como punto de partida la constatación de la existencia de mercados diferenciados de “bienes” o “servicios”. Vid. no obstante, RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca*, Madrid, 1999, pp. 345-347, notas 466 y 471, quién defiende la existencia de presupuestos distintos de identificación de una práctica de vinculación en el Derecho estadounidense y en el Derecho comunitario europeo.

bienes distintos a efectos de aplicación de la prohibición. Así, por ejemplo, bienes accesorios o productos consumibles de utilización con el producto principal nunca podrían constituir productos vinculados. CUCINOTTA, irónicamente, señala que, ciñéndonos al tenor literal del precepto, sólo cabría considerar dentro del ámbito de aplicación de la norma situaciones análogas a, por ejemplo, la pretensión de un fabricante de automóviles de vincular la venta de éstos a la adquisición de alfombras persas¹⁸.

La aplicación por parte de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la prohibición permite rechazar esta interpretación restrictiva y pone de manifiesto que, en la práctica generalidad de los casos, se presupone una mínima conexión entre la prestación suplementaria y la principal. Así, por ejemplo, ha sido examinada bajo estas prohibiciones la vinculación de un bien a accesorios o consumibles necesarios para su utilización¹⁹ o la vinculación de un producto a servicios de mantenimiento o asistencia²⁰, situaciones todas ellas en las que estaba presente una clara relación funcional entre los bienes objeto del contrato.

¹⁸ Vid. CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *Riv.dir.privato*, nº1, 1993, p. 114. Alertan también sobre los extremos a los que podría conducir la interpretación literal del precepto, JAEGGER: “Illiceità dei c.d. tying contracts nel Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea e nelle leggi americane antitrust”, *Riv.dir.ind.*, 1958, pp. 474 y ss.; JANSEN: *Die Kopplungsverträge in Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Berlín-Zurich, 1968, pp. 105 y 163; FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, cit.*, Tomo II, p. 809.

¹⁹ En el caso *Hilti*, la Comisión consideró en una decisión, posteriormente ratificada por el Tribunal de Justicia que la práctica de una empresa dedicada a la fabricación de sistemas de fijación destinados a la construcción, de subordinar la venta de sus pistolas grapadoras y de los cartuchos de esas pistolas a la adquisición de grapas, constituía un supuesto de vinculación ilegal con arreglo al artículo 82 del Tratado CE. (Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987, IV/30.787 y 31.488). Vid., *infra*, Capítulo III.III.B.

²⁰ En el caso *Napier Brown-British Sugar* se examinó la legalidad de la conducta de una empresa, suministradora de azúcar, British Sugar, de reservarse el mercado relacionado de transporte y entrega del azúcar mediante una práctica de vinculación (Decisión de la Comisión de 18 de julio de 1988, Asunto IV/30.178). En los conocidos como “casos de los aeropuertos”, la Comisión concluyó que determinados aeropuertos europeos vinculaban la prestación de servicios de gestión con los servicios, funcionalmente relacionados, pero diferenciados, de asistencia en zonas de estacionamiento (*Flughafen/Frankfurt Main*, [Decisión de la Comisión de 14 de enero 1998, 98/190 CE]; *Alpha Flight Services/Aéroport de Paris* [XXVIII Informe sobre Política de la Competencia, 1998]). Vid., *infra*, Capítulo III.III.B.

En el ámbito estadounidense, el recurso a una interpretación de las normas resulta infructuoso, en atención a la generalidad de los términos en los que viene redactada la prohibición de la vinculación contractual, siendo obligado el análisis de los principios sentados jurisprudencialmente en aplicación de estos preceptos. El examen de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto permiten descartar, tanto la mera separabilidad física²¹ como la relación funcional entre las prestaciones²² –es decir, el hecho de que el bien vinculado sólo pueda ser utilizado en conexión con el bien principal - como criterios válidos de diferenciación de productos a efectos de aplicación de la prohibición.

²¹ El Tribunal Supremo afirmó en el caso *United States v. Jerrold Electronics Corp.* [365 U.S. 567 (1961)], que: “Es obvio que, como regla general, un productor no puede verse forzado a contratar el mínimo producto que puede ser vendido o es usualmente vendido”.

²² Vid. *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 446 U.S. 2 (1984): “Frecuentemente, este Tribunal ha considerado que acuerdos referidos a productos entre los que existe una relación de carácter funcional de tal forma que, al menos uno de ellos es inútil sin el otro, constituyen supuestos de vinculación prohibidos por el Derecho *antitrust*”; En *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, 504 U.S. 451 (1992), el Tribunal Supremo vuelve a reafirmar que el hecho de que dos productos aparezcan funcionalmente relacionados no permite deducir la existencia de un único producto (en el caso concreto, los productos considerados eran piezas de recambio de productos Kodak y servicios de asistencia y reparación): “De aceptarse esta afirmación no cabría apreciar nunca la existencia de mercados diferenciados en, por ejemplo, los casos de carretes y cámaras de fotos u ordenadores y software...”.

Vid., no obstante, el voto particular en el caso *Jefferson Parish*, de los magistrados O’CONNOR, BURGER, POWELL y REHNQUIST, en el que se aprecia ya una influencia de las tesis de Chicago y se rechaza expresamente que dos bienes puedan constituir productos diferenciados a efectos de aplicación de la prohibición de vinculación, si la única utilización posible del producto, presuntamente vinculado, es en conjunción con el producto principal.

Esta opinión minoritaria es la acogida, no obstante, en las Directrices sobre Restricciones Verticales (*Vertical Restraint Guidelines*) del Ministerio de Justicia estadounidense, publicadas en 1985. Las Directrices fueron aprobadas durante la presidencia de Ronald Reagan, periodo en el que comienzan a ejercer una notable influencia los postulados de la Escuela de Chicago en política *antitrust*. “El Ministerio no considera que un producto vinculado pueda ser considerado como un bien diferenciado a menos que tenga una utilidad independiente del producto principal. Es más, si las ventajas económicas que se derivan de la producción o distribución conjunta de dos bienes diversos son sustanciales, los productos no se considerarán independientes”. Vid. *Vertical Restraints Guidelines*, párrafo 5.2. Nota 34.

La resolución de esta cuestión exige necesariamente introducir determinados elementos valorativos en esta primera fase de conformación o delimitación de la figura. En concreto, es necesario atender a la *ratio* de la prohibición de los contratos vinculados; es decir, para responder a la cuestión de “¿qué se prohíbe?” hay que partir previamente de la pregunta “¿por qué se prohíbe?”.

La venta conjunta de bienes físicamente autónomos o independientes puede obedecer a razones de pura eficiencia económica. Volviendo a los ejemplos anteriormente apuntados, el hecho de que la mayoría de tiendas dedicadas al comercio de zapatos ofrezcan éstos exclusivamente por pares puede ser explicado en atención a los enormes costes que ocasionaría a la empresa –y que, en último término, repercutirían en los consumidores- si tuviera que atender a las exigencias de eventuales consumidores que solamente desearan adquirir una unidad (p.e. una persona coja que tuviera interés simplemente en obtener el zapato derecho). Tendría que afrontar los costes, bien de ordenar un nuevo zapato derecho para completar el par, de devolver a fábrica el zapato restante o, de mantenerlo en el inventario a la espera de que un comprador solicitara únicamente ese zapato izquierdo²³. Similares razones de eficiencia explican porque los automóviles sólo se venden con sus ruedas o las camisas con botones.

Ahora bien, estas eficiencias derivadas de la venta conjunta, ¿resultan tan obvias en el caso de que un fabricante de automóviles obligue a sus compradores a adquirir, junto con el vehículo, un determinado equipo de audio? O, ¿Una empresa productora de impresoras, rechace suministrar estos bienes a sus clientes a menos que éstos adquieran a su vez el *toner* o los cartuchos de tinta? O, ¿una empresa dedicada al comercio de calzados vincule la venta de los mismos a la adquisición de betún?

El Derecho de la libre competencia, incluyendo dentro de las prácticas restrictivas de la competencia la vinculación contractual, no pretende sancionar transacciones eficientes. Su finalidad no es atacar operaciones comerciales cuya estructura obedece a puras y obvias razones

²³ Ejemplo tomado de HOVENKAMP: *Antitrust, cit.*, p. 157.

de eficiencia económica, sino impedir que una determinada modalidad de utilización del poder económico sobre un determinado bien falsee o perjudique el juego de la competencia en un mercado no influido o afectado originariamente por ese poder económico. El Derecho de la competencia recela de determinadas transacciones comerciales, de las que cabe sospechar que no obedecen a la pura conformación de la demanda en los mercados o a razones de eficiencias en la producción o distribución conjunta de bienes, sino que buscan –o , al menos pueden causar– determinados efectos distorsionadores del juego de la libre competencia en los mercados implicados, como la coerción de la libre decisión de los compradores, la exclusión de competidores rivales y la alteración de la estructura concurrencial mediante la extensión del poder económico de un mercado a otro o el refuerzo ilegítimo del poder ya existente. Establecer cuando dos prestaciones pueden considerarse suficientemente autónomas para integrar los extremos de la práctica prohibida no significa, por tanto, interrogarse abstractamente sobre las características físicas o funcionales de dichas prestaciones, si no determinar con carácter preliminar si el caso considerado, posee el potencial de causar los daños a la competencia que la prohibición de la vinculación contractual intenta evitar²⁴.

Lo fundamental para distinguir si esa práctica posee el potencial lesivo de la competencia es si la unión de productos posee sentido desde un punto de vista económico o si, por el contrario, de esa vinculación no se deduce una justificación económica aparente. La separación relevante a efectos de aplicación de la normativa *antitrust*, no es la posibilidad de diferenciación física, sino la racionalidad de la afirmación de productos

²⁴ La determinación de los elementos configuradores de la figura está, por tanto, necesariamente relacionada con la finalidad de la prohibición. Vid. CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 71 y ss. Vid. *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, “El requisito de que se hallen implicados dos mercados de productos diferenciados se deriva del fundamento de la prohibición de la vinculación contractual. La cuestión definitoria depende de si del acuerdo pueden derivarse las consecuencias sobre la competencia que justifican la prohibición. La respuesta a la pregunta de si la empresa ha utilizado un contrato vinculado debe basarse en si existe una posibilidad de que el efecto económico de la práctica sea el condenado por la norma que prohíbe los contratos vinculados: falseamiento de la competencia en un mercado diverso al mercado del producto principal”.

diversos desde un punto de vista económico, es decir, la posibilidad de disociación económica²⁵.

Una vez identificada la finalidad perseguida por la norma y el alcance que ha de serle dado a la exigencia de que existan dos productos diferenciados, es necesario cuestionarnos el “¿cómo?”. ¿Podemos establecer un primer criterio que permita distinguir, con un grado suficiente de certeza, transacciones en las que la vinculación obedece a razones de economías derivadas de la producción o distribución conjunta de los bienes?

Un criterio de medición o distinción es el análisis de los mercados implicados. Con arreglo al mismo, se considera que dos productos son diversos a efectos de determinación de la existencia de un contrato vinculado si existen mercados diferenciados para cada uno de los productos. Este criterio se apoya en la presunción de que la inexistencia de mercados distintos, permite deducir la presencia de eficiencias que justifican la venta conjunta.

En este sentido ha de ser interpretada la redacción de los artículos 81 y 82 del Tratado. Cuando se exige una falta de conexión entre la prestación suplementaria y el objeto del contrato, mas que de autonomía de las prestaciones, la ley se está refiriendo a la autonomía o independencia de los mercados en los que los bienes se ofrecen. El bien principal objeto del contrato debe poder considerarse totalmente autónomo respecto de la prestación suplementaria, de modo que pueda distinguirse, claramente, lo que los contratantes solicitan al cedente, de la prestación ulterior a la cual éste intenta subordinar la cesión del bien sobre el que ejercita un cierto control económico. La existencia de una conexión entre el presunto producto vinculado y el objeto del contrato indicaría que esta autonomía falta, en cambio, en el sentido, de que, a pesar de que puedan ser “*físicamente*” identificados diversos bienes que podrían ser objeto de

²⁵ Vid. PEARSON: “Tying arrangements and the antitrust policy”, 60, *Northwestern University Law Review*, 1965, p. 627 ; TURNER: “The validity of tying arrangements under the antitrust laws”, 72, *Harvard L.Rev.*, 1958, p. 72; FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo II, Barcelona, 1998, p. 808.

transacciones separadas, el complejo o conjunto de la oferta de la empresa debe ser considerado, por su propia naturaleza o en atención a los usos comerciales, unitariamente²⁶. La referencia que hace el Tratado a la “naturaleza” de los productos y a los “usos mercantiles” ha de ser puesta en relación, por tanto, con la posibilidad de comercialización autónoma de los bienes y servicios. Comercialización autónoma o independiente que no cabe en el caso de productos, cuya propia configuración o estructura, determina la indisociabilidad de sus componentes. Comercialización que también se excluye en los casos en que la venta conjunta de productos es tan habitual en un sector industrial que, aunque, en principio, éstos hubieran podido formar parte de mercados diferenciados –y, por tanto, estar sujetos a transacciones independientes- los consumidores los perciben –y, en consecuencia, los demandan- como una unidad. La referencia a los usos comerciales o prácticas del sector introduce un elemento de movilidad o dinamismo en la valoración de los productos implicados en un operación empresarial ya que abre la posibilidad a que las percepciones cambien con el tiempo, de modo que, lo que, en un primer momento, es visto por los consumidores como dos productos diferenciados pase posteriormente a ser percibido como uno solo.

Este criterio también ha sido acogido en la jurisprudencia estadounidense, si bien en el ámbito norteamericano, su admisión es menos pacífica y no está exenta de ataques doctrinales, como tendremos ocasión de analizar detalladamente en el apartado siguiente²⁷.

²⁶ Este criterio es compatible con la posibilidad de que un mismo bien pueda ser objeto de intercambio en varios mercados diversos. Es decir, cabe que exista un mercado para un producto complejo y diversos mercados para cada uno de sus componentes individuales. Así, por ejemplo, existe un mercado de automóviles, en el que la demanda se dirige a la totalidad del producto (carrocería, ruedas, motor, etc.) y, además, existen distintos mercados de, por ejemplo, piezas de recambio para ese automóvil. Vid. CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 71 y ss.; STRASSER: “An antitrust policy for tying arrangements”, 34 *Emory Law Journal*, 1985, pp. 253 y ss.

²⁷ El Tribunal Supremo estadounidense adoptó este criterio en uno de los principales casos en los que se afronta la diferenciación de productos, *Jefferson Parish v. Hyde*, *cit.* (1562-1563). “No cabe hablar de la existencia de un contrato vinculado a menos que se haya producido una unión entre dos mercados de productos diversos”.

De esta exposición inicial se deduce que, en el tratamiento de los productos implicados (*single product issue*), encuentran espacio gran parte de las cuestiones que evidencia la valoración económica de los contratos vinculados, por lo que no es sorprendente que los problemas de identificación de la conducta prohibida y de valoración de sus efectos se entrecrucen muy frecuentemente.

Ahora bien, la separación de productos, al menos en el caso europeo, es sólo el punto de partida en el complejísimo proceso de análisis de la valoración económica de la vinculación contractual. Su alcance debe limitarse a operar como una especie de filtro, que impida englobar dentro de la categoría prohibida transacciones en las que, la eficiencia de la oferta conjunta de bienes físicamente diferenciables resulte de manera obvia. En nuestra opinión, las eficiencias particulares que puedan derivarse de las operaciones individualmente consideradas y que no resulten de esta primera valoración general, han de ser evaluadas en un momento ulterior del análisis, conceptualmente diverso a la fase de delimitación de la figura prohibida²⁸.

La inclusión de elementos de valoración de los efectos económicos de la práctica en la etapa de delimitación de la misma, adquiere una especial relevancia en el ámbito estadounidense. La sujeción de la vinculación contractual a una prohibición *per se* (a pesar de presentar peculiaridades que la diferencian de la regla tradicional de prohibición *per se* aplicable, por ejemplo, a los acuerdos de fijación de precios o a los casos de boicot) ha abierto la puerta a que, tanto la doctrina como las autoridades judiciales defiendan, en numerosas ocasiones, que todas las eventuales eficiencias económicas que puedan derivarse de una transacción concreta sean tenidas en cuenta en la apreciación de la existencia o no de dos productos diferenciados, ante la eventualidad de que no puedan ser valoradas en una

²⁸ En este sentido también se ha pronunciado algún sector doctrinal estadounidense, defendiendo que en la fase de caracterización de la figura no se exige un análisis de mercado sofisticado. Basta examinar si otros productores ofrecen los productos separadamente, si cabe la posibilidad de hacerlo y si existe una demanda diferenciada para los mismos, con lo que, en la mayoría de los casos, una investigación rudimentaria permite extraer conclusiones razonablemente sólidas sobre la presencia de uno o múltiples productos. Vid. PASAHOW: "Tying and the single-product issue", *cit.*, p.1224.

fase posterior del análisis²⁹. Estas diferencias entre el sistema europeo y el norteamericano han de ser especialmente tenidas en cuenta en la estimación de la conveniencia y alcance de cada uno de los tests o criterios que han sido ofrecidos, tanto por la doctrina como por las autoridades administrativas o judiciales, para determinar la presencia de un único producto o de varios productos diferenciados.

B) TESTS O CRITERIOS DE VALORACIÓN

La exigencia de que existan mercados separados e independientes de productos para resolver la cuestión de los productos implicados a efectos de aplicación de la prohibición de vinculación contractual, es excesivamente general. Su concreción obliga al examen de los factores que han de ser ponderados a fin de establecer la presencia de distintos mercados. Así, serán objeto de análisis en este apartado los distintos criterios propuestos por la doctrina y utilizados por las autoridades administrativas y judiciales en el tratamiento de esta cuestión, fundamentalmente los tests que se centran en la perspectiva o juicio de los compradores y aquéllos cuyo foco principal lo constituye la conducta de los productores o empresas participantes en el mercado³⁰.

²⁹ Vid. ROSS: "The single product issue in Antitrust Tying: A Functional Approach", 23, *Emory Law Journal*, 1974, p. 967: "Con carácter general, si frente a una demanda de vinculación ilegal, un tribunal reconoce la existencia de dos productos diferenciados, el resto de requisitos exigidos para su prohibición se considerarán satisfechos prácticamente de forma automática"; BAKER: "The Supreme Court and the Per Se Tying Rule...", *cit.* p.1315: "En atención a la trivialización en la que se ha desembocado en la apreciación de los elementos sustantivos de una práctica de vinculación, la afirmación de la existencia de un único producto puede ser el único recurso de los tribunales inferiores para evitar la condena *per se* de una práctica que consideran inocua o, g incluso, beneficiosa para la competencia".

³⁰ Por razones de claridad expositiva, estos dos tests serán analizados separadamente, si bien cabe hacer una precisión sobre el carácter complementario de los mismos. Ambos están orientados a la misma finalidad –determinación de la existencia de mercados diversos- aunque atienden a perspectivas diversas, centrándose en el examen de las condiciones y estructura de la oferta o de la demanda. Ahora bien, el análisis de la oferta es un útil instrumento de determinación de la naturaleza de la demanda, sobre la base de que la oferta, generalmente, refleja las condiciones de la demanda, por lo que, en ocasiones, los principios se entrecruzan.

Por otra parte, no hay que olvidar que el recurso a la constatación de mercados autónomos no es más que un *proxy* cuya finalidad última es descartar que puedan entrar dentro del ámbito de la prohibición, operaciones en las que las eficiencias netas o generales de la venta conjunta de productos físicamente diferenciables, permitan considerar, desde un punto de vista económico, la existencia de un único producto. Diversos autores han señalado las deficiencias de este enfoque, especialmente en los mercados de alta tecnología, haciendo hincapié en su incapacidad para apreciar las eventuales eficiencias que pueden derivarse de la venta condicionada de diversos productos. Críticas que se han plasmado en la propuesta de modelos alternativos de determinación de los productos implicados, que van desde el examen de la naturaleza del producto o productos objeto de la transacción comercial, hasta la consideración de argumentos de política empresarial que permitan justificar la vinculación.

Ello obliga a considerar las eventuales limitaciones de los tests centrados en el análisis de la naturaleza de la oferta y la demanda en los mercados, a fin de determinar si éstas son de tal entidad que exigen una redefinición de estos estándares de análisis, si bastaría con un complemento de las mismos mediante el recurso a la consideración de otros factores o si cabría, no obstante, subsanar “justificadamente” esas deficiencias en un momento posterior del análisis.

1. Perspectiva de los consumidores: test de la demanda diferenciada

1.1. Consideraciones generales

La identificación de mercados independientes, con arreglo a este test, se valora en atención al juicio de los compradores. Así, existirán dos productos diferenciados siempre que exista suficiente demanda diversa o

individual para el producto vinculado³¹. Si se les da la opción a los consumidores, ¿éstos prefieren la adquisición de toda la unidad o la adquisición independiente de los componentes individuales? Así, por ejemplo, la mayoría de los consumidores desean adquirir cordones con los zapatos, o botones con los abrigos³², de modo que la venta de zapatos con cordones y de abrigos con botones ha de ser considerada la venta de un único producto desde los ojos o punto de vista de los consumidores.

Este criterio fue expresamente afirmado por el Tribunal Supremo estadounidense en el célebre caso *Jefferson Parish v. Hyde*: “No cabe hablar de la existencia de un contrato vinculado a menos que exista demanda suficiente para la adquisición del producto vinculado independientemente del producto principal, de tal forma que sea posible identificar un mercado diferenciado de producto en el que es eficiente ofrecer el producto vinculado independientemente del producto principal”³³. Ocho años más tarde, el Tribunal Supremo reafirmó este principio en el caso *Eastman Kodak* en el que se afirmó que las piezas de recambio para máquinas fotocopadoras Kodak y los servicios de asistencia y reparación constituían productos diferenciados a ojos de los consumidores³⁴. Este test ha sido objeto de

³¹ Es necesario atender a la demanda del producto vinculado, no a la del producto principal. Ya que lo contrario, implicaría que productos complementarios nunca podrían ser considerados bienes distintos a efectos de aplicación de la normativa antimonopolio en materia de vinculación contractual. El hecho de que un producto sólo pueda ser utilizado con el producto principal, no excluye la posibilidad de una demanda independiente del mismo. Así, por ejemplo, una empresa que condicione la adquisición de zapatos a la compra de un determinado betún. Si bien es cierto que éste necesariamente ha de ser usado con el producto principal, es posible que los consumidores deseen adquirir este producto independientemente del par de zapatos.

³² Ejemplos tomados de STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.* p. 256.

³³ *Jefferson Parish v. Hyde, cit.* En este caso se planteó si cabía considerar la unión de servicios quirúrgicos con servicios de anestesia como un único producto o como dos productos diferenciados a efectos de aplicación de la sección 1 de la *Sherman Act* (al tratarse de servicios, la *Clayton Act* no era susceptible de aplicación).

³⁴ “Para poder considerar que los servicios de asistencia y reparación y las piezas constituyen dos productos diversos, es necesario que exista suficiente demanda de los consumidores como para que resulte eficiente a una empresa suministrar servicios independientemente de las piezas. Las pruebas indican, en este caso, que los servicios de asistencia y las piezas han sido suministrados independientemente en el pasado y continúan siéndolo en la actualidad, con respecto a los propietarios

aplicación, posteriormente, por parte de los tribunales inferiores³⁵ y se recoge en las “Directrices sobre restricciones verticales” de la Asociación Nacional de Fiscales Generales como parámetro de determinación de los productos implicados en un caso de vinculación³⁶.

También en Europa la evaluación de la naturaleza de la demanda constituye el principal factor en la determinación de los productos implicados a efectos de apreciar la existencia de una práctica de vinculación, tal y como se recoge en las *Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales*³⁷. La Comisión ha atendido especialmente al juicio de los consumidores en el procedimiento entablado en Europa contra

de equipo, que se encargan ellos mismos de los servicios de asistencia y reparación de las fotocopiadoras”.

³⁵ Vid. *ad.ex.: Digidyne Corp. v. Data General Corp.*, 734 F2d 1336 (9th Cir. 1984), *cert. Denied*, S.Ct. 3534 (1985), en el que, en aplicación de este test, se concluyó que la unidad central de procesamiento de un ordenador y el sistema operativo constituían productos diversos; *Jack Walters & Sons Corp v. Mortons Buildings, Inc*, *cit.* en el que el Juez POSNER consideró que edificios prefabricados y la marca aplicable a los mismos constituían un único producto al no existir demandas diferenciadas para los edificios y para la marca.

³⁶ *Vertical Restraints Guidelines, as adopted by the National Association of Attorneys General*, 1985. Párrafo 5.1.A. “El requisito de que el producto principal y el producto vinculado sean bienes diferenciados se satisface si los dos productos pueden ser suministrados independientemente y existe una demanda diferenciada para cada uno de ellos. (...)”.

³⁷ Comunicación de la Comisión: *Directrices relativas a las restricciones verticales* (2000/C 291/01), párrafo 216. “El factor más importante para determinar si se está ante un bien distinto es la demanda de los compradores. Dos productos son distintos si, en ausencia de vinculación, desde el punto de vista de los compradores, los productos son adquiridos en dos mercados distintos. Por ejemplo, habida cuenta de que los clientes desean comprar zapatos con cordones, los fabricantes de zapatos han adoptado como práctica comercial suministrar zapatos con cordones. Por tanto, la venta de zapatos con cordones no representa una práctica de vinculación (...)”.

Este criterio es reiterado en las *Directrices relativas a los acuerdos de transferencia de tecnología (cit.)*, párrafo 191: “En las licencias de tecnología hay vinculación cuando el licenciante impone al licenciatario como condición para la transferencia de cierta tecnología (producto vinculante) la obtención de otra licencia relativa a otra tecnología o la compra de un producto suyo o de un tercero por él designado (producto vinculado). Cabe hablar de agrupación cuando dos tecnologías o una tecnología y un producto sólo se vende juntos en un mismo paquete. En ambos casos, tiene que tratarse de productos y tecnologías distintas, es decir, *cada producto y tecnología agrupado o vinculado tiene que tener su propia demanda distinta*. No suele ser el caso cuando los productos están vinculados necesariamente de manera tal que no es posible explotar la tecnología licenciada sin el producto vinculado o cuando ninguna de las dos partes del paquete de productos puede ser explotada sin la otra (...)”.

el gigante informático Microsoft, en el que, como tendremos ocasión de examinar, la cuestión de los productos implicados constituye uno de los puntos más polémicos del caso.

El test de la demanda individualizada es un test de aproximación sobre la eficiencia neta de las transacciones. La lógica económica que subyace a este parámetro de valoración es que, existirá demanda separada siempre que los beneficios de la elección entre productos superen las eficiencias de una integración particular de los productos³⁸. La idea que late tras este test es que los consumidores elegirán el paquete de productos en la medida en que éste maximice su bienestar. En concreto, la demanda de los consumidores se orientará hacia el paquete si los beneficios que les proporciona superan los costes de ver reducidas sus opciones respecto de la adquisición del producto vinculado. Si por el contrario, los consumidores valoran más los beneficios que confiere la elección que los que pudieran derivarse de la unión, entonces realizarán adquisiciones independientes. La existencia de una demanda independiente es inversamente proporcional a las posibles eficiencias netas resultantes de la integración.

Este modelo no pretende llevar a cabo un análisis directo en las eventuales eficiencias que pudieran derivarse de la vinculación. Se limita a proponer *proxies* fáciles de administrar para medir la eficiencia neta o general de la práctica. En la determinación de la existencia o no de dos productos diferenciados la eficiencia es utilizada sólo para explicar la racionalidad que late tras la demanda de los consumidores.

Este parámetro está íntimamente relacionado con los objetivos perseguidos por la prohibición de las prácticas de vinculación. Si uno de los principales recelos frente a estas conductas es que pueden lesionar la competencia sobre la base de los méritos empresariales y eliminar el juicio independiente de los consumidores sobre las virtudes del producto

³⁸ Desde una perspectiva abstracta, por supuesto, existe siempre una demanda independiente para los productos; asumiendo que la elección es posible a coste cero, los consumidores la preferirán a la imposibilidad de elegir.

vinculado, es necesario que de los hechos se derive que existe un interés de los consumidores en adquirir ese bien independientemente³⁹.

Una vez establecidos los principios que informan este parámetro de valoración y su alcance, es necesario examinar su concreción en la práctica. ¿Cómo se mide la existencia de una demanda diferenciada?

Ya que el test está orientado a la valoración de la percepción de los consumidores sobre los mercados implicados en una determinada transacción, un primer medio de prueba ha de centrarse en el juicio de los propios consumidores. La prueba directa plantea la cuestión de si, cuando a los consumidores se les da la oportunidad de elegir, éstos adquieren el producto vinculado de la empresa que produce el producto principal o de otras empresas. Respecto a este medio de prueba es necesario introducir una serie de cautelas⁴⁰.

El juicio de los consumidores debe basarse en afirmaciones reales y actuales, no en meras presunciones. No basta con constatar, simplemente, el hecho de que los productos que ahora aparecen integrados, eran objeto de adquisiciones independientes con anterioridad ya que, los consumidores siempre adquirirán los productos en la forma en que éstos se ofrezcan en el mercado. Así, la existencia de pedidos o solicitudes de los productos por separado es un factor importante en la determinación de la naturaleza de la

³⁹ Vid. WEINSTEIN: “Bundles of Trouble: the possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Cases”, 3, Cal.L.Rev., 2002, p. 937.

⁴⁰ WEINSTEIN (“Bundles of Trouble...”, *cit.* pp. 940 y ss.) defiende la necesidad de mejorar el test de los consumidores utilizado en los casos de contratos vinculados, tomando como modelo de referencia los factores utilizados por los tribunales en la apreciación de confusión de consumidores con arreglo a la normativa en materia de marcas. La comparación se justifica en que, en ambos casos, el juicio de los consumidores aparece como cuestión fundamental. En el ámbito de las marcas es claro; éstas protegen directamente a los consumidores, si existe riesgo de confusión de los consumidores sobre la procedencia o características de un producto, la utilización de la marca debe ser prohibida. En el caso de los contratos vinculados, el juicio de los consumidores adquiere un valor fundamental ya que es utilizado como *proxy* de bienestar de los consumidores, cuya tutela constituye uno de los objetivos últimos de las leyes antimonopolio.

demanda existente antes de que la integración se llevara a efecto⁴¹, pero ha de ser completado con otros datos que permitan valorar como perciben los consumidores la configuración del mercado una vez que ésta se ha producido. Un instrumento especialmente útil es el recurso al testimonio directo de los consumidores, a través de encuestas o sondeos, a fin de determinar si suficientes consumidores, en ausencia de vinculación, prefieren el producto integrado.

Así mismo, es necesario atender a determinadas consideraciones que permitan valorar adecuadamente el entendimiento de los consumidores sobre la naturaleza de los productos implicados. En primer lugar, es preciso identificar los consumidores relevantes de un determinado producto, debiendo tener en cuenta, además, el grado de sofisticación de los mismos. Cuanto más elevado sea éste, más confianza cabe otorgar a su juicio, mientras que es precisa una mayor cautela a la hora de confiar en las opiniones de los consumidores con una menor capacidad de valoración de las funciones de los productos que están adquiriendo⁴². Esto es especialmente relevante en los mercados de alta tecnología, en los que suele estar presente un menor grado de información de los consumidores sobre la naturaleza y características de los productos.

Una valoración adecuada del juicio de los consumidores exige, también, atender al impacto sobre el mismo de la política de precios de la empresa que recurre a la vinculación. La lógica económica que fundamenta

⁴¹ Vid. *Directrices sobre Restricciones Verticales de la Asociación Nacional de Fiscales Generales*, párrafo 5.1.A.

⁴² “La opinión de los consumidores sofisticados es más valiosa que la de los consumidores neófitos en la determinación de si la integración incrementa el bienestar del consumidor. Dicho en otras palabras, el consumidor sofisticado está más capacitado para reconocer las eventuales eficiencias que pueden derivarse de un paquete integrado de productos que un comprador desinformado. El valor persuasivo de la demanda del consumidor debería depender de la sofisticación del consumidor en cuestión. De la existencia de una demanda separada para los dos productos por parte de consumidores informados cabe presumir, con un alto grado de seguridad, que la permanencia de elección entre los componentes individuales maximiza el bienestar del consumidor, mientras que esta misma conclusión no puede establecerse, de la presencia de demanda diferenciada por parte de consumidores con escaso conocimiento del producto y que no tienen una preferencia real ni por el paquete integrado ni por los componentes individuales”. Vid. WEINSTEIN: “Bundles of Trouble,...”, *cit.* p. 942.

este test es que los consumidores manifiestan sus preferencias sobre los productos que se ofrecen en el mercado en atención a sus cualidades y calidades. Esta apreciación puede verse distorsionada en los casos en los que el producto vinculado se ofrece de forma gratuita (por ejemplo, en el caso del navegador Internet Explorer o del sistema de audio Media Player vinculados al sistema operativo Windows) o, en los supuestos en los que existen diferencias desproporcionadas entre el precio de los componentes adquiridos individualmente y el del paquete integrado⁴³. En estos casos, la demanda de los consumidores puede orientarse hacia la adquisición del paquete integrado por motivos diversos a las consideraciones de eficiencia económica que fundamentan el test. El hecho de que el producto vinculado se ofrezca gratuitamente no excluye la posibilidad de que de la práctica se deriven efectos lesivos de la competencia, lo que exige una especial cautela y aconseja ponderar otros factores antes de concluir taxativamente sobre la existencia de un único producto, en atención al cierre del escrutinio *antitrust* que de esta apreciación se deriva⁴⁴.

Cabe también la posibilidad de probar la existencia de una demanda diferenciada del producto vinculado mediante el análisis de las prácticas comerciales del resto de empresas operantes en los mercados afectados. Esta forma de prueba indirecta⁴⁵ se centra en analizar la existencia de una

⁴³ Vid. WEINSTEIN: “Bundles of Trouble...”, *cit.*, pp. 903 y ss.

⁴⁴ Otros autores han sugerido que un test apoyado exclusivamente en el juicio de los consumidores puede ser problemático, ya que la percepción de los caracteres o naturaleza de los productos por parte de los consumidores se encuentra significativamente afectada por las técnicas de *marketing* y la propia presentación de los productos. En otras palabras, el juicio de los consumidores es un juicio viciado, ya que éstos verán los productos como la empresa quiere que los vean. Vid. MARIOTTI: “Rethinking Software Tying”, 17, *Yale J. on Reg.*, 2000, pp. 377 y ss.; en un sentido similar, vid. ROSS: “The single product issue in Antitrust Tying:...”, *cit.*, p. 1009, “Especialmente preocupante es la posibilidad de que una publicidad oligárquica pueda inducir a los consumidores a creer que productos, normalmente independientes, sólo funcionarán correctamente si son combinados y que esta demanda del mercado se autoalimente; los competidores más pequeños se verán obligados a ofrecer el paquete porque los compradores han sido condicionados a aceptar sólo ese producto”.

⁴⁵ El Tribunal Supremo en *Jefferson Parish* señala la posibilidad de valorar la presencia de una demanda independiente del producto vinculado, mediante el recurso a una prueba directa, centrada en la valoración del juicio manifestado de los propios consumidores, y a una prueba indirecta, consistente en el análisis de la estructura de la oferta de los productos implicados.

oferta independiente del producto vinculado, presumiblemente sobre la base de que la oferta refleja las características de la demanda. Si el test de la demanda está centrado en examinar si los consumidores desean adquirir el producto vinculado independientemente del producto principal, cabe presumir ese deseo, de la constatación de la existencia de una oferta independiente del producto vinculado. El análisis está centrado en el juicio o en la valoración de los mercados de empresas competidoras y, enfocado a determinar si los productos implicados pueden ser, y de hecho lo son en la práctica, ofertados separadamente. Así, por ejemplo, la permanencia en el mercado de productores de los componentes individuales tras la integración (p.e. el Netscape Navigator) es un indicio importante de la persistencia de una demanda individual para el producto vinculado y, por tanto, de la presencia de dos mercados diferenciados⁴⁶.

Tanto en Europa⁴⁷ como en EE.UU.⁴⁸ se ha recurrido frecuentemente a esta prueba indirecta, centrada en el examen de la estructura de la oferta del producto vinculado, para afirmar la existencia de dos productos distintos a efectos de aplicación de la prohibición de las prácticas de vinculación.

El test de la demanda independiente del producto vinculado, como parámetro de determinación de los productos implicados en un caso de vinculación, no está exento de críticas. Éstas van, desde rechazos absolutos del examen del juicio de los compradores como criterio válido de diferenciación de productos hasta posiciones que defienden la inadecuación del test para apreciar la existencia de productos diferenciados en los

⁴⁶ Vid. WEINSTEIN: “Bundles of Trouble...”, *cit.*, p. 955.

⁴⁷ Vid., caso *Hilti*, *cit.*: “El simple hecho de que existan fabricantes independientes de grapas y cartucheras que no producen pistolas grapadoras muestra que estos artículos tienen condiciones diferentes de suministro. Más aún, algunos fabricantes de pistolas grapadoras dependen de productores independientes de grapas y cartucheras para el abastecimiento, al menos en parte, de algunos de sus artículos correspondientes”. La naturaleza de la oferta también fue relevante para afirmar la existencia de dos productos diversos en la investigación europea de las prácticas de la empresa informática Microsoft. Vid., *infra*, 1.2.

⁴⁸ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, *cit.*: “El desarrollo de un sector industrial especializado en servicios de asistencia y reparación da buena prueba de la eficiencia de un mercado independiente de prestación de servicios”.

supuestos de integraciones novedosas (fundamentalmente en mercados de alta tecnología), abogando por su reemplazo, en estos casos, por otros criterios de análisis.

En este sentido, algunos autores han atacado la racionalidad del enfoque centrado en el juicio de los consumidores para diferenciar los mercados implicados en una transacción comercial. La inadecuación del test se fundamenta en la afirmación de que el comprador se ve obligado a abandonar su juicio independiente siempre que dos productos se vendan juntos. “El test centrado en el juicio independiente de los consumidores ignora completamente el punto de vista del vendedor ya que, con arreglo al mismo, se considera que existen productos diferenciados si el comprador quiere comprar algo diverso a la unidad o paquete ofrecido por el vendedor. Este énfasis en los deseos del consumidor distorsiona las transacciones comerciales, colocando al vendedor totalmente al capricho del comprador. Si la eficiente asignación de recursos a través del ofrecimiento de unidades o paquetes competitivos es el objetivo prioritario del Derecho antimonopolio, no debería obligarse al comprador a vender la unidad física más pequeña⁴⁹”. Esta posición desconoce el verdadero alcance y finalidad del test de la demanda diferenciada. El Derecho de la competencia prohibiendo los contratos vinculados no protege ciertamente, cualquier pretensión de los consumidores de descomponer la oferta hasta límites dentro del cual sea posible individualizar bienes físicamente distintos. No basta con que un consumidor demande una unidad más pequeña o la adquisición independiente de algunos de los componentes que integran el paquete ofertado por el vendedor. El test reconoce la existencia de dos productos sólo cuando existe demanda “suficiente” de los productos individualmente considerados, de tal forma que resulte eficiente proveerlos separadamente. Por otra parte, uno de los principios básicos en los que se sustenta el sistema de economía de mercado -y el propio concepto de eficiencia en la asignación de los recursos- es la soberanía del consumidor, de ahí que los deseos de los consumidores, expresados a través de sus votos monetarios

⁴⁹ Vid. HUNT: “Product Separability: A Workable Standard to Identify Tie-in arrangements under the Antitrust Laws”, 46, South Calif. L.Rev. 1972, pp. 160 y ss.

en el mercado, constituyan un patrón o referencia determinante para el vendedor sobre los bienes que deben ser ofertados.

Las mayores críticas se han centrado, no obstante, en atacar la adecuación de este criterio en los supuestos de integraciones novedosas y, especialmente, en los mercados o industrias de alta tecnología⁵⁰. Principalmente, dos órdenes de argumentos han sido apuntados.

El test de la demanda diferenciada, articulado a través del examen directo del testimonio de los consumidores e indirectamente, mediante el análisis de los usos o prácticas del mercado, tiene, con carácter general, un aspecto retrospectivo y, por tanto, constituye una aproximación deficiente sobre la eficiencia de las transacciones empresariales en los casos de integraciones novedosas. En los mercados tecnológicos sujetos a cambios vertiginosos, es especialmente difícil y en ocasiones, puede resultar engañoso, decidir si una integración constituye simplemente la fusión de dos productos independientes o es, en realidad, un nuevo producto único.

Un segundo argumento se centra en la incapacidad de los consumidores para apreciar, de forma inmediata, la eficiencia que podría derivarse de la integración de productos en mercados especialmente complejos, como los tecnológicos. Esto exige que el valor que ha de ser otorgado al juicio de los consumidores se relativice en estos casos, ya que éstos pueden tardar un tiempo en apreciar las eficiencias y ventajas de la integración y seguir demandando los productos separadamente.

En realidad, estas críticas se enmarcan dentro del debate más general sobre la aplicabilidad de los principios tradicionales de la política antimonopolio a los mercados de alta tecnología. En los últimos años, hemos venido asistiendo a un debate sobre el papel del Derecho de la competencia en la denominada “nueva economía”, debate que aglutina todo tipo de posturas, desde aquéllas que postulan el rechazo de la intervención pública, a través de la normativa antimonopolio, en estos sectores, hasta

⁵⁰ Vid. MESSE: “Monopoly bundling in cyberspace: how many products does Microsoft sell?”, XLVI, Ant.Bull. 1999, pp. 65 y ss.; WEINSTEIN: “Bundles of Trouble ...”, *cit.*, pp. 920 y 921.; WHISH: *Competition Law, cit.*, p. 661.

aquéllas que defienden una aplicabilidad matizada de los parámetros usuales de valoración de la anticompetitividad de una conducta, que tenga en cuenta el carácter esencialmente dinámico de estos sectores de la economía⁵¹.

Este debate encuentra un foco específico de aplicación en los procedimientos entablados, tanto en Europa como en EE.UU., contra la empresa informática Microsoft⁵². Su duración y complejidad, puestas de

⁵¹ En este sentido, vid. ORDOVER/WILLIG: "Access and Bundling in High Technology Markets" en *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: antitrust in the digital market place*, Kluwer Academic, 1999, pp.103 y ss.; RUBINFELD/HOVEN: "Innovation and Antitrust Enforcement" en AA.VV: *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation, and Antitrust Issues*, ed. ELLIG, New York:-Cambridge, 2001, pp. 65-94; RUBINFELD: "Antitrust enforcement in dynamic network industries", 43, *Ant.Bull.*, 1998, pp. 859 y ss. Vid. Sobre los términos generales del debate sobre el Derecho de la libre competencia y la nueva economía, *supra*, Capítulo I. nota 10.

⁵² El caso Microsoft ha suscitado un encendido debate doctrinal. Entre la numerosísima literatura al respecto, podemos destacar: BISHOP: "Microsoft sotto processo", *Mercato, Concorrenza, Regole*, a.I, n. I, 1999; CARTENSEN: "Remedying the Microsoft Monopoly: Monopoly Law: the Right of Buyers and the Enclosure Movement in Intellectual Property", XLVI, *Ant. Bull.* 1999, pp. 577 y ss.; EVANS/NICHOLS/SCHMALENSSEE: "An analysis of the government's economic case in *U.S. v. Microsoft*", 46, *Ant.Bull.*, 2001, pp. 163 y ss.; EVANS/PADILLA/POLO: "Tying in Platform Software: Reason for a Rule-of-Reason Standard in European Competition Law", 25, *World Competition*, 2002, pp. 509 y ss.; EVANS: "Antitrust and the New Economy", ALI-ABA Course of Study, *Antitrust Law in the 21st Century*, September 14-15, 2000, New York; FISHER/RUBINFELD: "U.S. v. Microsoft –an economic analysis", 46, *Ant. Bull.*, 2001, pp. 1 y ss.; FLYNN: "Standard Oil and Microsoft –intriguing parallels or limping analogies?", 46, *Ant. Bull.*, 2001, pp. 645 y ss. GILBERT/KATZ: "An economist's Guide to *U.S. v. Microsoft*", 2, *Journal of Economic Perspectives*, 2001, pp. 25 y ss.; GORDON: *Antitrust Abuse in the New Economy. The Microsoft case*, Cheltenham, Reino Unido, 2002; KAPLAN: "The Unfolding Microsoft Drama: Shattered Windows", ALI-ABA Course of Study, *Antitrust Law in the 21st Century*, September 14-15, 2000, New York.; KATZ/SHAPIRO: "Antitrust in Software markets" en *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: antitrust in the digital market place*, Kluwer Academic, 1999, pp. 29-81.; KLEIN: "Did Microsoft engage in anticompetitive exclusionary behavior?", 46, *Ant.Bull.*, 2001, pp. 71 y ss.; IDEM: "The Microsoft Case: What can a dominant firm do to defend its market position?", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 15, 2, 2001, pp. 45 y ss.; IDOT: "Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE/Honeywell. Réflexions de juriste...", 2, *Concorrenza*, 2005, pp. 31 y ss.; MALAURIE-VIGNAL: "L'affaire Microsoft, beaucoup de bruit pour rien?", 5, *Contrats, concurrence, consommation*, 2004, p.3; MESSE: "Monopoly bundling in cyberspace: how many products does Microsoft sell?", XLVI, *Ant.Bull.* 1999, pp. 65 y ss. ORDOVER/WILLIG: "Access and Bundling in High Technology Markets", *cit.*, pp.103 y ss.; PAGE: "Microsoft and the public choice critique of Antitrust", XLVI, *Ant.Bull.* 1999, pp.5 y ss.; WEINSTEIN: "Bundles of Trouble...", *cit.*, pp. 903 y ss.; WHINSTON: "Exclusivity and Tying in *U.S. v. Microsoft*: what we know and don't know", *Journal of Economic Perspectives*, vol.15, n°2, 2001, pp. 63 y ss. WHITE:

manifiesto en la existencia de soluciones diversas y, en ocasiones, contradictorias para resolver supuestos de hechos similares, aconsejan un análisis detallado. El caso Microsoft constituye, por tanto, una referencia ineludible en el entendimiento de los problemas y cuestiones que suscita la aplicación del derecho de la competencia en los mercados que integran la denominada “nueva economía”, del que pueden extraerse indicios sobre la futura orientación de las autoridades comunitarias y estadounidenses en la resolución de casos similares que puedan plantearse en los, cada vez más importantes, mercados informáticos

1.2 La cuestión de los productos implicados en mercados de alta tecnología: el caso Microsoft⁵³.

Las autoridades estadounidenses y la compañía informática Microsoft Corporation, han estado enzarzadas en una polémica desde los inicios de los años noventa, por el uso que la empresa hace de su posición líder en el mercado de los sistemas operativos, gracias a su sistema operativo Windows. Diversas prácticas de comercialización de Windows han sido analizadas por las autoridades administrativas y los tribunales de justicia, si bien, el núcleo de las acusaciones contra la compañía informática se ha centrado en la integración ilegal de productos informáticos en el sistema operativo, concretamente, en la integración de su sistema operativo con el navegador de red, Internet Explorer (*IE*).

En Europa, la política comercial de Microsoft también ha sido objeto de examen por las autoridades comunitarias⁵⁴. Recientemente, se ha

“Microsoft and browsers. Are the Antitrust problems really new? en *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: antitrust in the digital market place* , Kluwer Academic, 1999, pp. 137 y ss.

⁵³ En este apartado se atiende sólo a algunos aspectos de los procedimientos entablados contra Microsoft, tanto en Europa como en EE.UU.; en concreto, los relativos a la cuestión de los productos implicados en una operación empresarial. En apartados posteriores de este trabajo tendremos ocasión de volver al caso desde otras perspectivas.

publicado una Decisión de la Comisión Europea que resuelve un procedimiento iniciado en 2000, en el que, entre otras cuestiones, se examina la legalidad de la integración en el sistema Windows 2000 del reproductor de música e imágenes digitales, Microsoft Media Player (MMP)⁵⁵.

Frente a las acusaciones de integración ilegal de productos diferenciados, Microsoft ha mantenido, tanto en Europa como en EE.UU., una línea de defensa uniforme: existencia de un único producto – plataformas de software-, lo que excluye, por definición la posibilidad de vinculación. La valoración de esta defensa y, por tanto, los criterios de determinación de los productos implicados en mercados informáticos, no han sido uniformes. Nos encontramos con pronunciamientos muy diversos y, en ocasiones, enfrentados, de los tribunales de justicia, lo que pone de manifiesto la gran complejidad de esta cuestión y las aguas pantanosas en las que necesariamente se apoyan las pretensiones de certeza. Inestabilidad reforzada porque, en el ámbito estadounidense, hasta el momento, sólo contamos con pronunciamientos de los tribunales inferiores y, en Europa, de la Comisión Europea, cuya decisión ha sido objeto de recurso por parte de la compañía. Habrá que esperar, por tanto, a la resolución del Tribunal de Justicia, para ver si éste confirma o no la política seguida por la Comisión.

⁵⁴ Ya en 1993, la Comisión inició una investigación contra Microsoft a raíz de una denuncia presentada por la empresa Novell sobre la concesión de licencias a los fabricantes de ordenadores personales para que instalara su programa. Este procedimiento se selló con el compromiso de Microsoft de modificar sus programas de licencia. En 1997, vuelve a abrirse un procedimiento por parte de la Comisión sobre los acuerdos de Microsoft con los suministradores de servicios para Internet europeos. La compañía imponía volúmenes de distribución mínimos y la obligación de promover exclusivamente programas que utilizaran su navegador por la red, el Internet Explorer. Microsoft presentó ante las autoridades de competencia una nueva versión de los acuerdos que recibió el visto bueno del, entonces comisario de la competencia, Karel Van Miert.

⁵⁵ Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004 referente a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE. (Case COMP/C-3/37.792 *Microsoft*).

En 1994, la empresa informática y el Ministerio de Justicia estadounidense (DOJ)⁵⁶ llegaron a un acuerdo (*consent decree*) para resolver un procedimiento en el que se enjuiciaba la política de licencias seguida por la compañía informática (*Microsoft I*)⁵⁷. Microsoft aceptó los cargos del gobierno federal, con arreglo a los cuales se acusaba a la empresa de utilización de prácticas monopolísticas en la expansión de su sistema operativo, y modificó sus contratos con los fabricantes de compatibles, aceptando eliminar algunas restricciones que pesaban sobre los productores de software. En el acuerdo se establecía expresamente que Microsoft aceptaba no condicionar la licencia de su sistema operativo a la licencia de ningún otro producto. Esta prohibición se matizaba posteriormente, al establecerse que la misma no debía ser interpretada de tal forma que se impidiera a Microsoft desarrollar productos “integrados”⁵⁸. Poco después, irrumpieron en el mercado los navegadores, que permitían reemplazar los complicados códigos de acceso a la red por un sistema que aseguraba una navegación mucho más sencilla. Microsoft lanza al mercado su propio navegador, el Internet Explorer, y lo incorpora a su sistema operativo Windows 95⁵⁹.

El Ministerio de Justicia acude a los tribunales, denunciando esta conducta, al considerar que supone un incumplimiento del acuerdo firmado en 1994. El juez de distrito que controla el cumplimiento del acuerdo,

⁵⁶ Originariamente, la investigación fue iniciada en 1990 por la Federal Trade Commission, pero tras una división de opiniones, ésta renuncia a proseguir el caso que pasa a ser asumido por el Ministerio de Justicia en 1993.

⁵⁷ Vid. *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F 3d 1448 (D.D.C. 1995) en el que se aprueba el acuerdo y 59 Fed. Reg. 59,426 (Nov. 17, 1994), donde se reproduce el acuerdo.

⁵⁸ *Consent decree* § IV (E) (i).

⁵⁹ En un primer momento, la unión entre los productos tenía un carácter tecnológico. Microsoft suministraba Windows 95 y su navegador de Internet, IE 3.0, en el mismo disco maestro, de tal forma que el sistema operativo no podía funcionar a menos que el navegador fuera instalado. Es más, una vez instalado el navegador, su eliminación posterior impediría el funcionamiento del sistema operativo. Posteriormente, la unión adquirió un carácter contractual, al exigir Microsoft a los productores de ordenadores (Original Equipment Manufacturers) la adquisición del IE 4.0 –que era suministrado separadamente– como condición de obtención de una licencia sobre el sistema operativo Windows 95. Vid. MESSE: “Monopoly bundling in cyberspace...”, *cit.*, p. 66.

sanciona la práctica y ordena que se proceda a la venta de Windows sin el navegador⁶⁰. La sentencia es apelada por Microsoft, quién alega la inexistencia de incumplimiento, amparándose en el *caveat* que le permite desarrollar nuevos productos integrados y defendiendo que el sistema operativo y el navegador de Internet constituyen, en realidad, un único producto.

El Tribunal de Circuito del Distrito de Columbia anula la decisión del tribunal de instancia, afirmando la legalidad de la vinculación, al considerar que la unión de Windows 95 con las versiones del IE, 3.0 y 4.0. no vulneraba el acuerdo de 1994 al entrar dentro de la excepción que permitía explícitamente a la empresa desarrollar “productos integrados”⁶¹. ¿Qué criterios utiliza el tribunal para afirmar la existencia de un único producto?

El juez WILLIAMS expone, en primer lugar, el delicado balance de intereses al que se enfrentan las autoridades en la valoración de las integraciones de productos en mercados informáticos. Por un lado, la necesidad de evitar los potenciales efectos anticompetitivos que pueden derivarse de un contrato vinculado. Por otro, el temor a que un excesivo celo en la persecución de estas conductas constituya un lastre a la innovación y cercene la libertad de las empresas de diseñar productos mejorados y beneficiosos para los consumidores.

El Tribunal rechaza la viabilidad del test de la demanda diferenciada sentado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en *Jefferson Parish* para resolver este conflicto de intereses⁶² y, en su lugar, propone un nuevo

⁶⁰ La compañía se limita a hacer desaparecer el icono de la pantalla y a distribuir dos sistemas operativos, el primero incluiría el Internet Explorer y el segundo no, pero éste iría acompañado de la advertencia de que no funcionaría correctamente sin el navegador.

⁶¹ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935 (D.C.Cir. 1998). Esta sentencia, junto a la de instancia se conocen como el caso *Microsoft II*.

⁶² El Tribunal tiene buen cuidado en justificar su rechazo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, alegando que la opinión tiene por objetivo, simplemente, la interpretación del alcance del acuerdo firmado por Microsoft y el Ministerio de Justicia en 1994, si bien los términos en los que aparece redactada la sentencia permiten deducir que el tribunal otorgaba a esa regla un carácter mucho más

criterio para apreciar la existencia de productos diferenciados en mercados tecnológicos: el criterio de la “integración tecnológica genuina”. Este parámetro se centra en analizar los caracteres y ventajas del paquete de productos, con independencia de los efectos de la práctica en el mercado. Así, se establece que “cualquier integración genuina debería ser tratada como un único producto, con independencia de que los elementos que integran el paquete sean objeto de transacciones independientes en los mercados”. La integración tecnológica genuina es definida como “cualquier producto que combina una serie de utilidades o funciones (...) en un modo que ofrece ventajas que no son asequibles si los elementos son adquiridos separadamente y combinados ulteriormente por los compradores⁶³”. El estándar establecido por el tribunal para apreciar la existencia de esas ventajas es extremadamente bajo. Escudándose en la falta de preparación técnica de los jueces para analizar detalladamente el diseño de los productos en mercados tecnológicos⁶⁴, al demandante le bastaría una alegación plausible de que de la integración se derivan algunas ventajas, no siendo precisa siquiera la prueba de que el producto integrado es superior a los componentes individuales que ofrecen las empresas competidoras⁶⁵.

general, considerándolo el parámetro adecuado para determinar la existencia o no de dos productos diversos a efectos de aplicación de la prohibición de las prácticas de vinculación. Vid. en este sentido, MESSE: “Monopoly bundling in cyberspace...”, *cit.*, p.69; WEINSTEIN: “Bundles of Trouble ...”, *cit.*, p. 921.

⁶³ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935 (D.C.Cir. 1998), párrafo 948.

⁶⁴ “En resumen, la integración debe ser considerada genuina si es más beneficiosa que la combinación de sus elementos por parte de los compradores. Pero no consideramos que los tribunales, para resolver esta cuestión, deban embarcarse en valoraciones sobre el diseño de los productos. En el ámbito del Derecho antimonopolio, (...), los tribunales han reconocido expresamente los límites de su competencia institucional y, sobre esta base, han rechazado alegaciones de vinculaciones tecnológicas. El análisis judicial frente a las alegaciones de integración debe ser escueto y deferente”, (...). “Si existe una diferencia de opinión sobre las ventajas de dos alternativas, pudiendo ambas ser defendidas desde el punto de vista de la ingeniería, los tribunales no deben caer en investigaciones técnicas sobre la justificación de las innovaciones de productos”. “No cabe interpretar el párrafo § IV (E) (i) de tal forma que se situé a los jurados y tribunales en la inadecuada posición de diseñar ordenadores”.

⁶⁵ El caso fue reenviado al Tribunal de Distrito para resolver con arreglo a este nuevo parámetro, pero el Ministerio de Justicia decidió no seguir adelante con este procedimiento.

En mayo de 1998 comienza el “gran caso” contra la compañía informática (*Microsoft III*)⁶⁶. El Ministerio de Justicia y diecinueve Estados⁶⁷ demandan a Microsoft por violación de la sección 1 y de la sección 2 de la *Sherman Act*. Se le acusa de abusar de su posición de dominio en el mercado de sistemas operativos para controlar el mercado de navegadores. Entre los cargos que se le imputan a la empresa⁶⁸, se incluye la vinculación ilegal del sistema operativo Windows 98 al Internet Explorer.

El juez Thomas Penfield JACKSON, en una controvertida sentencia⁶⁹ admite tres de las acusaciones planteadas⁷⁰ y ordena la desmembración de la empresa en dos compañías, una dedicada a los sistemas operativos y otra para el resto de sus negocios.

Por lo que a la cuestión de la vinculación se refiere, se rechazan las alegaciones de Microsoft quién, apoyado en la sentencia de 1998, alega que el sistema operativo y el navegador constituyen una integración tecnológica

⁶⁶ Nos referimos al caso *Microsoft III*, englobando tanto la sentencia del Tribunal de Distrito de 2000, como la sentencia de apelación de 2001.

⁶⁷ En un primer momento, eran veinte los Estados que se sumaron a la demanda del Gobierno, pero Carolina del Sur abandonó el proceso tras el anuncio de fusión entre Netscape y American On Line.

⁶⁸ En concreto, la empresa fue acusada de violar la sección 1 de la *Sherman Act* mediante la integración ilegal de dos productos diferenciados (*tie-in*) y la realización de contratos de exclusiva. También se alegó, la utilización de tácticas anticompetitivas para mantener el monopolio en el mercado de sistemas operativos para PC y el intento de monopolización del mercado de navegadores, ambas conductas en violación de la sección 2 de la *Sherman Act*.

⁶⁹ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000).

⁷⁰ El Tribunal consideró que los contratos de exclusiva celebrados por Microsoft con los principales fabricantes de ordenadores, no constituían un acuerdo restrictivo de la competencia con arreglo a la sección 1 de la *Sherman Act*. El Tribunal mantuvo que la celebración de contratos de exclusiva sólo puede ser condenada, si los mismos excluyen sustancialmente a los competidores de un mercado relevante, al reducir significativamente el número de canales de distribución con los que cuenta el competidor para hacer llegar sus productos a los consumidores. En el caso concreto, pese que las vinculaciones contractuales contraídas con Microsoft tenían como efecto cerrar los canales más eficientes de distribución de los navegadores, subsistían otras posibilidades de hacer accesible el producto a los consumidores, por ejemplo, a través de la descarga del navegador por Internet. No existía restricción de la competencia al no haberse cerrado todos los canales de distribución, siendo irrelevante que sí hubieran sido cerrados los canales más eficientes.

genuina y, por tanto, un único producto, y se defiende la existencia de dos productos diferenciados.

En su argumentación, el juez JACKSON se apoya en el test de la demanda diferenciada que había sido rechazado en *Microsoft II*⁷¹. “Un paquete contiene productos diversos si de las pruebas se deduce la existencia de una demanda del consumidor orientada a los productos como entidades diferenciadas”. Por tanto, el criterio fundamental para considerar que existen dos productos diversos no es la relación funcional entre ellos, sino el hecho de que los consumidores perciban esos bienes como productos distintos respecto de los que desean ejercitar su libertad de opción. El Tribunal consideró que los navegadores de Internet y los sistemas operativos constituían productos diversos desde la perspectiva de los consumidores. “Los consumidores frecuentemente fundamentan su elección de los navegadores que deben residir en su sistema operativo, en atención a las características y funcionalidades específicas de los mismos, con independencia de las funciones ofrecidas por el propio sistema operativo”. En apoyo de esta conclusión, el Tribunal afirmó que Microsoft

⁷¹ El Tribunal justifica expresamente su separación de la sentencia de 1998. Recalca la aplicabilidad limitada del pronunciamiento del Tribunal de Circuito al venir referido sólo a la interpretación de un acuerdo y no resolver una demanda particular de práctica antimonopolística (las opiniones expresadas *obiter dicta* no vinculan a los tribunales) y, en segundo lugar, afirma la contradicción del parámetro de valoración establecido en ese caso con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo. “La opinión mayoritaria en el caso *Microsoft II* pone de manifiesto, tanto un grado extraordinario de respeto por los cambios (incluida la integración) promovidos por los diseñadores de productos tecnológicos, como software, en nombre de la mejora del producto, como una correspondiente falta de confianza en la habilidad de los tribunales para distinguir entre mejoras reales y mejoras meramente nominales, introducidas con propósitos anticompetitivos. En una interpretación literal, la opinión del Tribunal de Circuito del Distrito de Columbia permite inmunizar cualquier diseño de un producto (o, al menos, diseño de productos de software), con independencia de sus efectos sobre la competencia, si la empresa que ha desarrollado el software puede ofrecer una alegación plausible de que su configuración de los códigos proporciona determinadas ventajas. Este test, nos parece inconsistente con los pertinentes precedentes del Tribunal Supremo en, al menos, tres aspectos. En primer lugar, atiende al mercado desde la perspectiva del demandado o, más exactamente, como al demandado le gustaría que se viera el mercado. Además, ignora la realidad, el argumento de la ventaja de la integración tiene que ser simplemente plausible, no necesita ser probado. Por último, excluye cualquier posibilidad de sopesar esas hipotéticas ventajas con algún tipo de efectos anticompetitivos”. Vid. KAPLAN: “Microsoft’s Conclusions of Law –Art 3, Scene 2: Placing an Oppressive Thumb on the Scale of Competitive Fortune”, *Legal Strategy Magazine*, 2000.

era la única empresa que se negaba a licenciar su sistema operativo sin el navegador.

Por tanto, en tan sólo dos años de diferencia, nos encontramos con dos soluciones judiciales radicalmente opuestas sobre supuestos de hecho prácticamente idénticos. La sentencia del Tribunal de Distrito es apelada por Microsoft⁷². En junio de 2001, el Tribunal de Circuito del Distrito de Columbia resuelve el recurso⁷³. Por lo que a la práctica de vinculación se refiere, la sentencia de apelación, lejos de resolver sobre cuál es el parámetro de valoración más adecuado de la existencia de dos productos diferenciados, si el test de la demanda diferenciada (*Microsoft III*) o el test de la integración tecnológica genuina (*Microsoft II*), elude afrontar directamente la cuestión, enfocando los problemas de las prácticas de vinculación desde otra perspectiva. En concreto, defiende que la integración de funciones de software en un sistema operativo debe ser analizada, no conforme a la tradicional regla de prohibición *per se*, sino con arreglo a la regla de razón o *rule of reason*⁷⁴. El Tribunal justifica su separación de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo en el hecho de que la integración de productos en mercados informáticos no constituye un supuesto tradicional de contrato vinculado, en los que la integración es fruto de un vínculo de naturaleza contractual, sino una integración de carácter técnico y físico. En estos supuestos existe un gran riesgo de que una prohibición *per se* pueda desembocar en una prohibición de conductas eficientes y constituir un

⁷² El Gobierno, consciente de su anterior derrota ante el Tribunal de Apelaciones, intentó que el caso fuera directamente al Tribunal Supremo invocando la *Expediting Act* de 1903, pero el Tribunal Supremo niega su competencia en este asunto y remite el caso al Tribunal de Circuito del Distrito de Columbia.

⁷³ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F3d 34 (D.D.C. 2001).

⁷⁴ Este criterio, también ha sido defendido en el ámbito europeo, por algún sector doctrinal, vid. EVANS/PADILLA/POLO: "Tying in Platform Software: Reason for a Rule-of-Reason Standard in European Competition Law", 25, *World Competition*, 2002, pp. 509 y ss.; WHISH: *Competition Law*, cit., p.661, "En mercados de nuevos productos, puede resultar necesario concentrarse en los efectos que para la competencia pueden derivarse de estas prácticas y en las posibilidades de justificación objetiva de la conducta, en lugar de entrar a valorar si la misma constituye o no un contrato vinculado".

freno a la innovación⁷⁵. Esta circunstancia, unida al hecho de que la aplicación del test de la demanda no se revela como la más adecuada en el caso de la integración novedosa de dos productos, aconseja el análisis conforme a la regla de razón a fin de tener en cuenta las posibles eficiencias que puedan derivarse de estos contratos.

Con arreglo a esta regla de razón sería necesario probar que la conducta tiene efectos anticompetitivos en el mercado del producto vinculado (lo que exige una definición del mismo y el análisis de las eventuales barreras de entrada). Microsoft podría, a su vez, rebatir esa presunción de anticompetitividad alegando las eventuales eficiencias o efectos procompetitivos que del mismo podrían derivarse, correspondiendo al demandante probar que los daños superan los beneficios.

Por tanto, el Tribunal no analiza directamente el problema de la determinación de los productos implicados. Se limita a constatar la inadecuación de una prohibición *per se* de las prácticas de vinculación, al menos en mercados tecnológicos, debido a la posibilidad de que de las mismas resulten efectos beneficiosos para los consumidores que compensen las eventuales restricciones de la competencia que puedan producirse y sugiere que el análisis de las prácticas de vinculación se efectúe conforme a una ponderación de beneficios y costes para los consumidores. En lugar de decidir si la unión del navegador al sistema operativo constituye una práctica de vinculación o la oferta de un único producto, el Tribunal sostiene que lo que el demandante debe probar es si la conducta global de Microsoft puede considerarse anticompetitiva. Con arreglo a este enfoque, Microsoft puede ofrecer justificaciones procompetitivas de la configuración o diseño de sus productos, recayendo en los demandantes la prueba de que los efectos anticompetitivos de la conducta superan esas justificaciones⁷⁶.

⁷⁵ El Tribunal defiende la inaplicabilidad del esquema tradicional de análisis, alegando que las especiales características del mercado informático no podían haber sido tomadas en consideración en el momento de establecimiento de una prohibición *per se* frente a los contratos vinculados.

⁷⁶ El Tribunal consideró que el Ministerio de Justicia no había demostrado, ni que existiera un mercado de navegadores independiente, ni que esa integración dañara

¿Cómo ha sido valorado en Europa el problema de la integración de software en un sistema operativo? Recientemente, se ha publicado una decisión de la Comisión en la que, entre otras cuestiones⁷⁷, se evalúa la legalidad de la práctica de la empresa Microsoft de vincular su sistema

a los usuarios, por lo que reenvió el caso al Tribunal de Distrito para que volviera a analizar esos puntos. Al mismo tiempo anula la decisión de segregación de la empresa y recomienda al Ministerio de Justicia que busque un castigo más adecuado si desea seguir procediendo contra Microsoft por vinculación ilegal.

El Tribunal sí aceptó que Microsoft había abusado de su poder en el mercado de los sistemas operativos mediante la realización de determinadas prácticas abusivas. Si bien el proceso se inició por la inclusión en el sistema operativo Windows del navegador IE de forma inseparable y gratuita, a lo largo del mismo fueron poniéndose de manifiesto otras prácticas de intimidación y abuso de poder dominante por parte de Microsoft en sus negociaciones con los fabricantes de ordenadores y con los minoristas. La sentencia considera muy graves este tipo de prácticas y, tras el rechazo del Tribunal Supremo a revisar el fallo, la decisión de la pena a imponer recae en el Tribunal de Distrito, siendo competente para resolver la juez Coleen COLLAR-KOTELLY, tras la decisión del Tribunal de Circuito de retirar al juez Thomas Penfield JACKSON en febrero de 2001, por animadversión contra Microsoft.

Por tanto, el caso vuelve a primera instancia, abriéndose la puerta a un acuerdo extrajudicial de las partes implicadas a fin de evitar la imposición judicial de la pena. En septiembre de 2001, ya con la Administración Federal en manos republicanas, el Ministerio de Justicia anuncia su decisión de no solicitar la división de la empresa y de no proseguir con las acusaciones de integración ilegal del navegador en el sistema operativo Windows. Asimismo, en noviembre de 2001, Microsoft, el Ministerio de Justicia y nueve de los Estados demandantes llegan a un acuerdo sobre las medidas y sanciones a imponer a Microsoft por las conductas que habían sido consideradas ilegales por el Tribunal de Circuito. El pacto afecta a las prácticas de negocios de Microsoft pero no supone alteración alguna de la arquitectura de Windows ni de la estructura empresarial de Microsoft.

Comienza un proceso de consulta pública del acuerdo. En noviembre de 2002, la juez considera satisfactorio y conforme con el interés público el acuerdo alcanzado, introduciendo sólo ligeras modificaciones y desestima las pretensiones de nueve Estados (California, Iowa, West Virginia, Connecticut, Florida, Kansas, Massachusetts, Minnesota y Utah) que no habían aceptado el pacto y solicitaban la imposición de sanciones más duras.

⁷⁷ En la decisión también se examina la legalidad de los programas para servidores de gama baja que produce Microsoft, considerándose que están diseñados de tal manera que se impide la comunicación y el trabajo en común entre los ordenadores que funcionan con Windows y los servidores que utilizan software de otra compañía. Se impone a la empresa la obligación de divulgar la información necesaria de sus programas para que los ordenadores puedan dialogar sin problemas entre ellos.

operativo Windows con su reproductor digital de audio y vídeo, Windows Media Player⁷⁸.

La defensa de Microsoft frente a las acusaciones de abuso de posición dominante por vinculación ilegal, se ha centrado en la afirmación de que el reproductor de audio y video no constituye un producto diferenciado, sino una parte integrante del sistema operativo.

La Comisión rechaza estas argumentaciones y mantiene que sistemas operativos y reproductores digitales constituyen dos productos diversos. El análisis llevado a cabo por la institución comunitaria se apoya, como criterio fundamental, en la existencia de una demanda para el producto vinculado diversa de la demanda del producto principal⁷⁹.

La prueba de esta demanda diferenciada se deduce indirectamente de la estructura de la oferta de los mercados implicados y de la propia conducta de la empresa demandada⁸⁰. Así, en primer lugar, la Comisión considera que la existencia de empresas dedicadas sólo a la venta de sistemas de audio es prueba de que existe una demanda diferenciada. Prueba que se refuerza con el hecho de que, pese a la posición de dominio de Microsoft en el mercado de los sistemas operativos, cuatro años después de la integración continúan existiendo esos productores independientes⁸¹.

⁷⁸ Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, *cit.*

⁷⁹ La Comisión también recurre, en apoyo de sus conclusiones, al examen de otros factores o circunstancias, como la naturaleza de la relación existente entre los dos bienes, no obstante, este argumento, centrado en la funcionalidad de los productos, es mencionado, pero no desarrollado en el texto de la decisión (Decisión, párrafo 811).

⁸⁰ La Comisión alude además, al juicio directo de los consumidores, si bien, se apoya en meras presunciones o especulaciones, en un razonamiento que consideramos muy poco sólido desde el punto de vista económico y demasiado elucubrativo, al no aparecer respaldado por ninguna contrastación empírica. (Decisión, párrafo 807).

⁸¹ Un argumento, reiteradamente alegado por Microsoft para defender la ausencia de efectos lesivos sobre la competencia de su conducta, es la importancia del número de usuarios del reproductor digital Real Player. Argumento que, si bien posee una relevancia incuestionable en la valoración de los efectos sobre el mercado de la práctica y de su potencial excluyente, permite reforzar, en esta

De la propia conducta de Microsoft también puede deducirse que la empresa realmente, no concibe el reproductor como un mero componente integral de Windows, sino como un producto diverso y con entidad propia, tal y como pone de manifiesto, por ejemplo, el hecho de que Windows suministre versiones del Media Player para ser utilizadas en otros sistemas operativos diversos de Windows como el Mac de Apple o el Solares de Sun⁸². Además, Microsoft lanza al mercado actualizaciones del Media Player distintas de las actualizaciones de Windows⁸³. También lleva a cabo una promoción específica del reproductor, diversa de la promoción del sistema operativo y, de hecho, se refiere al Media Player como una aplicación o como una tecnología independiente. Por último, Microsoft aplica distintos acuerdos de licencia a Windows (“Platform SDK License Agreement) y a las Tecnologías Multimedia de Windows (“Windows Media Player SDK y “Windows Media Format SDK”)⁸⁴.

La Comisión tampoco considera las alegaciones de Microsoft de que la venta conjunta de sistemas operativos y reproductores digitales constituye la práctica comercial del sector⁸⁵. Alega que el test propuesto por la empresa informática se centra exclusivamente en el comportamiento de los vendedores del producto principal, ignorando el hecho de que existen proveedores independientes del producto vinculado. Es más, la Comisión descarta la validez de los ejemplos propuestos para probar la existencia de un uso comercial, porque las empresas aludidas, Sun y Linux, no vinculan sus propios reproductores digitales, sino los de terceras empresas

primera fase de caracterización de la figura, la existencia de un mercado independiente de reproductores digitales.

⁸² Decisión, párrafos 805, 809, 810 y 813.

⁸³ En el momento de publicación de la decisión de la Comisión la última actualización del reproductor Media Player (WMP 9) había tenido lugar el 7 de enero de 2003, mientras que la del sistema operativo Windows XP se había producido el 25 de octubre de 2001 (Decisión, párrafo 805).

⁸⁴ Decisión, párrafo 813.

⁸⁵ Decisión, párrafos 821 a 824.

independientes, lo que refuerza aún más la existencia de una oferta diferenciada de reproductores digitales⁸⁶.

¿Qué conclusiones cabe extraer del examen de las distintas soluciones judiciales y administrativas establecidas, tanto en Europa como en EE.UU. frente a estos supuestos de integración en mercados informáticos?

El análisis del caso Microsoft en EE.UU. pone de relieve que, en las tres ocasiones en las que las autoridades judiciales han tenido que enfrentarse al problema de los productos implicados, las opiniones resultantes han sido muy diversas. En nuestra opinión, la ausencia de una línea uniforme de razonamiento se deriva, al menos en parte⁸⁷, de la rigidez que supone encorsetar la valoración de las prácticas de vinculación en el marco de una prohibición *per se*. El Tribunal Supremo, en un célebre caso de los años cincuenta, *International Salt Co. v. United States*⁸⁸, estableció la prohibición automática de los contratos vinculados si se cumplían cuatro requisitos: existencia de dos productos diferenciados, vinculación entre ellos, presencia de poder económico en el mercado del producto principal y afectación sustancial del comercio en el mercado del producto vinculado⁸⁹. Tal y como, al menos actualmente, está planteada la regla de valoración de los contratos vinculados, la presencia de estos requisitos obligaría a

⁸⁶ La Comisión también considera significativo para descartar la existencia de un único producto, que los vendedores de sistemas operativos señalados por Microsoft no vinculan éstos a los reproductores digitales en un modo que impida la posibilidad de remoción de los mismos, sino que, por el contrario, se mantiene la libertad de los usuarios de desinstalar el código del reproductor multimedia de sus ordenadores personales (Decisión, párrafo 823).

⁸⁷ La ponderación de los efectos anticompetitivos de los contratos vinculados y de las eficiencias económicas y otras justificaciones económicas que podrían compensarlo está hondamente determinada por las concepciones más generales sobre los objetivos de la política de la competencia así como sobre el papel del Estado en la conformación y desarrollo de la actividad económica. Vid., *supra*, Capítulo I.

⁸⁸ 332 U.S. 392 (1947).

⁸⁹ En el capítulo siguiente de este trabajo tendremos ocasión de analizar, pormenorizadamente, el significado y alcance que ha sido dado a cada uno de estos requisitos en las distintas fases que integran la política *antitrust* estadounidense en materia de vinculación. Vid., *infra*, Capítulo III.II.

concluir sobre la ilegalidad de la práctica. Al estar apoyada sobre una presunción de lesividad o anticompetitividad *per se*, al menos en teoría, no se admiten justificaciones de eficiencia económica. El hecho de que una empresa en posición dominante recurra a la vinculación contractual se presume anticompetitivo sin tener en cuenta que de los contratos vinculados pueden derivarse otras utilidades o efectos beneficiosos. Esto obliga a intentar filtrar posibles prácticas –que resultarían condenadas con arreglo a este test- mediante la solución de considerar que no existen dos productos diferenciados, lo que precluye el examen de la conducta.

Esta es la perspectiva latente en la solución adoptada en el caso *Microsoft II*. Ante el temor de que la concurrencia de los cuatro elementos necesarios para activar la prohibición pudiera desencadenar la prohibición de conductas eficientes, sobre cuyos méritos, este rígido análisis no admite posibilidad de defensa, se llega al extremo opuesto de parapetarlas frente a cualquier posibilidad de escrutinio *antitrust*. El principal problema que plantea este parámetro de valoración es que es excesivamente indulgente. Con arreglo al mismo, una empresa, incluso si ocupa una posición dominante en el mercado, puede recurrir a la combinación de productos y escapar a una demanda por vinculación, siempre que pueda demostrar que de esa combinación puede derivarse un beneficio potencial. Al no exigirsele a la empresa que demuestre que su producto es superior a los componentes individuales de sus competidores, puede abrirse la puerta de la impunidad frente al Derecho de la competencia, a conductas que pueden conducir a una exclusión de los competidores de los mercados de los productos individuales mediante la combinación de programas que pueden ser superiores o no, a los componentes individuales ofrecidos por los competidores⁹⁰.

Para evitar los riesgos de sanción automática de estas conductas, se han buscado soluciones más acordes con la naturaleza ambivalente de los contratos vinculados. Como no caben afirmaciones tajantes ni sobre su inocuidad desde el punto de vista competitivo, ni sobre la consustancialidad

⁹⁰ Vid. KAPLAN: “Appeals Court Ruling Gave Microsoft an Edge”, *The National Law Journal*, 8 de Marzo 1999.

de su carácter dañino, es mejor recurrir a un examen individualizado, caso por caso, en el que se ponderen sus virtudes y sus peligros. Esta es la solución adoptada por el Tribunal de Circuito al sujetar la valoración de la conducta de Microsoft a la regla de razón. El problema que plantea este test –que elimina la necesidad de caracterización de la figura examinada–, es que resulta un tanto impreciso desde un punto de vista metodológico⁹¹. El recurso a un análisis estructurado y a una delimitación de la figura puede resultar especialmente útil a fin de evaluar con más precisión los peligros específicos que para la competencia pueden derivarse de esas prácticas así como los factores que propician su concreción.

Por tanto, insistimos, consideramos más acertado un análisis progresivo en el que vayan siendo constatados una serie de elementos en pro de la seguridad jurídica y de otorgar claridad a las empresas sobre la valoración que sus conductas pueden merecer desde el Derecho de la libre competencia.

Así, en primer lugar, es necesario determinar si la figura objeto de análisis reúne los presupuestos materiales de las prácticas de vinculación. Se hace preciso, por tanto, adoptar un criterio con el que evaluar la presencia de estos elementos estructurales. El parámetro de la demanda diferenciada de productos es, en nuestra opinión, bastante útil, tanto en mercados informáticos como en mercados tradicionales siempre que sea aplicado cauta y rigurosamente. El problema que existe en la sentencia de instancia en *Microsoft III* es la falta de rigor del Juez JACKSON. Operando simplemente a través de presunciones no lleva a cabo un análisis sólido para ver si efectivamente cabe apreciar la existencia de una demanda diferenciada para el producto vinculado. Así, por ejemplo, en ningún momento delimitó el mercado del producto vinculado ni tomó en consideración determinados factores en los que reforzar o apoyar sus conclusiones sobre la existencia de dos productos diversos⁹². Es preciso un

⁹¹ Vid. BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule:...t”, *cit.* p. 1312.

⁹² Por ejemplo, un argumento que podría haber resultado útil, y que no se mencionó en el caso, era el hecho de que Microsoft suministraba versiones del

análisis más riguroso, complementado con la posibilidad de una justificación empresarial a la conducta si, tras la evaluación de la misma, cabe deducir la existencia de efectos anticompetitivos. Con independencia de la etiqueta que se le dé a este tipo de análisis (regla de prohibición *per se* cualificada o *rule of reason*), lo importante es que la delimitación de los productos implicados no se convierta en una cortina de humo que vaya mucho más allá del alcance que esta operación debe revestir: identificación de figuras “potencialmente”, no necesariamente anticompetitivas.

Sin entrar a prejuzgar otros aspectos de la decisión de la Comisión que tendremos ocasión de examinar más adelante, consideramos que el método de análisis seguido por la institución comunitaria para determinar la existencia de productos diferenciados es adecuado, sin perjuicio de que el test utilizado pueda ser reforzado mediante la consideración de otros factores.

2. Perspectiva de los productores

Otro instrumento utilizado para valorar la existencia de uno o más productos diferenciados, es el examen de la estructura y caracteres de la oferta, es decir, la evaluación de los mercados, no ya desde los ojos de los consumidores o demandantes, sino en atención al juicio de las empresas que compiten u operan en ellos. Dentro de esta perspectiva, cabe distinguir los tests que analizan la conducta de empresarios competidores en el mercado del producto principal y los que se centran en el examen de la conducta de la propia empresa que recurre a la práctica de vinculación.

Internet Explorer para ser usadas con otros sistemas operativos, como el sistema operativo Mac de la compañía Apple.

2.1. Análisis de la conducta de otros competidores (prácticas del mercado)

Este test enfoca la cuestión de la existencia de productos diversos desde la óptica de las prácticas del mercado, en concreto, se centra en el examen de la política comercial llevada a cabo por otros competidores para ver si éstos recurren a su vez a la vinculación de productos⁹³. Si los productos sólo se ofrecen conjuntamente cabe presumir que estamos ante un único producto a efectos de la normativa de competencia, al ser ésta la práctica generalizada en el mercado. Si por el contrario la banda competitiva no sigue un comportamiento uniforme y existen empresas que ofrecen individualmente los componentes, por ejemplo, que ofrecen el producto principal sin el producto vinculado, estaríamos en presencia de dos productos diversos⁹⁴.

En el ámbito europeo, tanto el artículo 81 como el artículo 82 del Tratado CE, parecen acoger este criterio, al referirse a la posibilidad de que la unión entre dos productos o prestaciones se halle justificada con arreglo a los usos comerciales⁹⁵.

⁹³ Este test ha sido defendido por AREEDA: *Antitrust Law*, Boston, 1996, pp. 197 y ss.; HUNT: "Product Separability:...", *cit.*, p. 166. También lo recoge HOVEKAMP *Antitrust, cit.*, p. 158.

⁹⁴ Así, volviendo al ejemplo de los zapatos. Si todas las empresas que se dedican a la comercialización de zapatos, ofrecen éstos únicamente con cordones, con arreglo a este test cabría apreciar la existencia de un único producto, al ser ésta la práctica generalizada en el mercado. Si una empresa subordina la venta de zapatos a la adquisición de betún, pero la mayoría de los operadores del mercado no siguen este parámetro de conducta y venden los zapatos sin necesidad de adquirir a su vez el producto de limpieza, la aplicación de este test llevaría a la conclusión de que zapatos y betún son dos productos diversos.

⁹⁵ Referencia a los usos comerciales que, como hemos tenido ocasión de exponer en apartados anteriores, consideramos que ha de ser puesta en relación con la posibilidad de tráfico de los productos en mercados diversos. Así, la generalización de la venta conjunta de bienes o servicios en un sector industrial puede conducir a una reestructuración de las percepciones de los consumidores, de forma que éstos no perciban los productos como bienes diversos, sino como partes integrantes de un único bien. Vid., *supra*, II.A.

El fundamento económico que sirve de apoyo a este criterio es que las empresas sin poder de mercado unirán dos productos sólo cuando el ahorro de costes de la venta conjunta supere el valor que los consumidores otorgan a la elección independiente. La existencia de una vinculación generalizada revela que los consumidores prefieren el paquete integrado a la adquisición independiente de los componentes individuales, es decir que, la integración genera un ahorro de costes que resulta más seductor a los consumidores que el mantenimiento de su libertad de elección respecto al producto vinculado. Por tanto, puede deducirse la existencia de eficiencias globales si todas las empresas competitivas recurren a la unión de productos⁹⁶. Además, en estos casos, el recurso a una práctica de vinculación no puede lesionar la competencia porque los competidores no compiten respecto a los componentes individuales sino a la unidad⁹⁷.

Tampoco este parámetro de valoración está exento de críticas. Algunos autores han resaltado que no resulta apropiado en los mercados de alta tecnología, los cuales, como consecuencia de las economías de escala y los efectos de red y de cierre, generalmente son poco competitivos. Al no existir competidores con los que comparar las prácticas comerciales desarrolladas, las autoridades administrativas o los tribunales tendrán que acudir al examen de mercados análogos, con la dificultad que implica su identificación⁹⁸. Esta crítica puede ser generalizada a todos los mercados en los que la empresa que recurre a la vinculación ocupa una posición de monopolio o cuasi monopolio. La inexistencia de competidores en el mercado del producto principal evidencia la inadecuación de examinar cuáles son las prácticas o usos del mercado, ya que éstas se reducen o identifican, en su mayoría, con la propia conducta de la empresa en posición dominante.

Además, la generalización de una práctica de vinculación en un sector del mercado puede obedecer, no a la existencia de economías

⁹⁶ Vid. MESSE: "Monopoly bundling in cyberspace:...", *cit.*, p. 79.

⁹⁷ Vid. HUNT: "Product Separability: ...", *cit.* pp. 160 y ss

⁹⁸ Vid. WEINSTEIN: "Bundles of Trouble...", *cit.*, p. 932.

derivadas de la producción o distribución conjunta, sino ser consecuencia precisamente de una práctica colusoria o de un abuso de posición dominante⁹⁹.

Otro problema que presenta este test es que no toma en cuenta que productores con poder de mercado pueden recurrir a la vinculación de productos por razones diferentes y con desiguales efectos que empresas sin poder de mercado. Por ejemplo, una empresa con una pequeña cuota de mercado puede recurrir a la vinculación para obtener economías de escala, mientras que una con poder de mercado puede hacerlo para obtener beneficios supracompetitivos. El hecho de que todas las empresas en un mercado vinculen sus productos no significa necesariamente que la empresa con poder de mercado no esté actuando anticompetitivamente al recurrir al mismo tipo de vinculación¹⁰⁰.

Este mismo argumento ha sido utilizado como crítica a este parámetro de valoración, pero desde una perspectiva opuesta. En concreto, se ha señalado que el hecho de que empresas sin poder de mercado no recurran a la vinculación, no determina necesariamente que su utilización por parte de la empresa en posición dominante, no sea el resultado de un ahorro de costes y, por tanto, una práctica eficiente. Se afirma que, mientras que la presencia de una integración uniforme o generalizada en un mercado competitivo es *suficiente* para demostrar que la integración genera beneficios, en ningún modo es un requisito *necesario*, ya que la integración puede reducir los costes afrontados por determinadas empresas pero no los de otras¹⁰¹.

Como señalamos con anterioridad, la determinación de los productos implicados en una transacción comercial a efectos de determinar si ésta puede encontrar cabida bajo las prohibiciones normativas de vinculación,

⁹⁹ Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo II, *cit.* p. 809.

¹⁰⁰ Vid. RUBINFELD: “Antitrust enforcement in dynamic network industries”, 43, *Ant. Bull*, 1998, pp.859 y ss.

¹⁰¹ Vid. MESSE: “Monopoly bundling in cyberspace...”, *cit.*, pp. 65 y ss.

es sólo un primer paso en el análisis. Paso, que constituye en realidad, un tamiz para evitar el enjuiciamiento de operaciones en las que la eficiencia económica de la venta conjunta, resulta de forma muy obvia. El hecho de que se considere que una operación afecta a dos mercados de productos, no debería suponer una conclusión tajante sobre su anticompetitividad, sino sólo el reconocimiento de la posibilidad que de la misma se deriven efectos anticompetitivos que, en todo caso, habrán de ser demostrados y cuya constatación puede ser rebatida alegando la compensación de esos efectos con eventuales beneficios económicos derivados de la conducta. Por tanto, el hecho de que estos parámetros no permitan tomar en consideración todas las eventuales eficiencias que puedan derivarse de una práctica empresarial, no excluye la posibilidad de que éstas puedan ser evaluadas en un momento posterior del análisis, permitiéndose a la empresa demanda alegarlas como defensa frente a una acusación de conducta anticompetitiva.

En conclusión, el análisis de la conducta de otros empresarios competidores, es decir, el recurso al examen de los usos del sector, constituye un parámetro útil de valoración de los productos implicados, pero siempre que las conclusiones a las que se pueda llegar en aplicación de este test puedan ser reforzadas o contrastadas con arreglo a otros criterios.

2.2. Análisis de la conducta de la empresa demandada

La conducta de la empresa demanda también puede ser ponderada en esta fase de caracterización de la figura¹⁰². Las prácticas empresariales

¹⁰² Las intenciones de la empresa que recurre a la integración han sido tomadas en consideración por algunos tribunales inferiores estadounidenses para valorar la existencia o no de un único producto (vid. *ad. ex. Baker v. Simmons*, 307 F.2d 458, 1st Cir. 1960). La finalidad perseguida por la empresa mediante el recurso a esta práctica es un factor que puede ser ponderado en otras fases del análisis, concretamente, en la apreciación de los efectos anticompetitivos de la conducta. Una indagación sobre las intenciones que impulsan a una empresa a adoptar una práctica de vinculación puede resultar especialmente valiosa en el caso de que ésta se enmarque dentro de una política general de carácter excluyente o en los supuestos en que se no obtenga ninguna eficiencia con la integración o exista una razón empresarial válida que la justifique.

pasadas de la empresa pueden constituir indicios útiles sobre la valoración que ésta hace de los mercados afectados. Así, por ejemplo, si el vendedor vende actualmente, o ha vendido en el pasado, los componentes separadamente, el hecho de que no lo haga en la transacción examinada puede apoyar la presunción de existencia de vinculación de productos diversos.

Este parámetro es un tanto débil ya que, si bien su consideración puede resultar útil en conjunción con otros factores que permitan descartar la ausencia de vinculación, con arreglo al mismo se permitiría que una vinculación desarrollada durante un largo período de tiempo escapara a la revisión judicial, simplemente porque el vendedor ha vendido siempre los productos en un paquete.

Otros autores¹⁰³ han recalcado que este test no aporta información real, simplemente revela si el vendedor ha cambiado sus prácticas de venta, cambio que puede obedecer a que la nueva política de integración permite a la empresa la consecución de una serie de eficiencias o una reducción de sus costes. De nuevo nos encontramos con el mismo problema, la determinación del papel que a la consecución de eficiencias por parte de una empresa, compete en el análisis de la competitividad de las prácticas de vinculación. ¿Cómo ha de enfocarse el cambio en las prácticas comerciales de una empresa? En principio, este cambio puede dar lugar a dos tipos de presunciones. Una primera, a favor del empresario que altera la estructura de sus productos pensando que lo hace eficientemente y en beneficio de los consumidores, y una segunda, en contra de éste, presumiendo que persigue finalidades anticompetitivas y, por tanto, exigiéndole que justifique esa conducta y pruebe la eficiencia de la nueva integración. Una empresa que se separa del patrón competitivo del mercado levanta recelos. Esto no determina necesariamente que su conducta sea anticompetitiva, sino que ha de justificarla. En principio, consideramos más adecuado el segundo

¹⁰³ Vid. HUNT: “Product Separability...”, *cit.*, pp. 172 y ss.

enfoque, ya que la empresa es la más capacitada para defender las eficiencias de su conducta¹⁰⁴.

3. Perspectiva del propio producto

Un tercer grupo de parámetros se centra en el examen de los atributos o características del paquete en sí mismo considerado, así como de la naturaleza de las relaciones entre los productos o componentes que lo integran.

Dentro de esta categoría se engloban los tests que defienden la consideración de un único producto en los casos en los que quepa afirmar la eficiencia económica derivada de la integración¹⁰⁵. A este modelo responde, por ejemplo, el test de la integración tecnológica genuina desarrollado en el caso *Microsoft II*, al que aludimos con anterioridad. Un test similar fue utilizado por el Tribunal del noveno circuito en el caso *California Computer Products, Inc. v. IBM Corp*¹⁰⁶. Si bien, este modelo ha sido defendido por algún sector doctrinal, como la alternativa más respetuosa con el fomento de la innovación, consideramos que la constatación de las eficiencias particulares que se derivan de una vinculación de productos, si bien relevante en la valoración de la anticompetitividad de la conducta, no es el criterio adecuado para determinar el número de productos implicados.

También podrían entrar dentro de esta clasificación, los parámetros que atienden a la relación funcional existente entre los productos. Ya ha sido señalado como, tanto de la jurisprudencia estadounidense, al menos

¹⁰⁴ Vid. no obstante, EASTERBROOK: “On identifying exclusionary conduct”, *Notre Dame Law Review*, 1986, pp. 972 y ss. El juez, utilizando como parámetro de análisis el caso *Aspen* afirma que, con carácter general, no puede pedirse a las empresas que justifiquen su conducta porque muchas veces ellas mismas no saben con precisión las razones por las que actúan de una determinada manera.

¹⁰⁵ Vid. SLAWSON: “A new concept of competition...”, *cit.*, pp. 277 y ss.

¹⁰⁶ 613 F2d 727 (9th Cir. 1979).

hasta el momento, como de la práctica comunitaria, se deduce un rechazo de este parámetro como factor exclusivo de determinación de los productos identificables dentro de un paquete integrado.

Dentro de este grupo, merece especial consideración un parámetro que atiende también a la funcionalidad de los productos o, más concretamente, a la posibilidad de fungibilidad entre ellos. Con arreglo al mismo, no cabría considerar la existencia de dos productos diversos en los casos en los que éstos sean considerados como independientemente capaces de realizar la misma función, es decir, productos que puedan ser considerados idénticos o intercambiables y, por tanto, objeto de comercialización en un mismo mercado. Así, por ejemplo, el hecho de que un vendedor sólo suministre alubias por kilos, no constituye un supuesto de contrato vinculado, aunque los consumidores deseen adquirir unidades menores, dado que, al ser los productos fungibles entre sí, no cabría apreciar la existencia de bienes diferenciados¹⁰⁷. Este criterio de la fungibilidad entre productos es el aparentemente acogido por el Tribunal Supremo en el caso *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*¹⁰⁸.

Times Picayune, una compañía publicitaria de New Orleans, obligaba a las empresas que deseaban anunciarse en su periódico matinal a comprar espacio también en su periódico vespertino. No era posible anunciarse en uno sólo de esos periódicos. El gobierno demandó por considerar que esta práctica constituía una violación de la sección 1 de la *Sherman Act*, alegando que conducía a la exclusión de periódicos competidores vespertinos del mercado de anuncios publicitarios. El Tribunal rechazó las acusaciones de vinculación ilegal, al considerar que, en el caso objeto de examen, no estaban presentes dos mercados distintos, sino un único producto. Con arreglo al razonamiento del Tribunal, lo que las empresas que deseaban anunciarse estaban comprando era acceso a los lectores y el hecho de que éstos fueran matutinos o vespertinos era indiferente, en ambos casos eran vistos como consumidores potenciales fungibles. Por

¹⁰⁷ Vid. PEARSON: "Tying Arrangements and Antitrust Policy", *cit.* p. 626; ROSS: "The single product issue in Antitrust Tying...", *cit.* pp. 963 y ss.

¹⁰⁸ 345 U.S. 594 (1953).

tanto, en este caso existía un único producto: comunicación con potenciales consumidores (párrafos 613 y 614)¹⁰⁹.

La operatividad de este test es muy reducida, al ser su campo de aplicación extremadamente limitado. Si bien este test asume correctamente que si los productos son totalmente intercambiables no puede existir una venta condicionada del producto vinculado, es muy difícil encontrar en la práctica comercial absoluta fungibilidad o intercambiabilidad entre los productos. En la medida en que el producto principal esté de alguna manera diferenciado a ojos de los consumidores, la creación de una demanda separada para éste tiende a forzar la adquisición del producto vinculado por aquellos compradores que necesiten o prefieran el producto principal. Esta demanda, creada a través de la diferenciación del producto existe aunque el producto compita con otros bienes similares. Por tanto, si bien este parámetro de valoración resulta coherente, es muy poco operativo¹¹⁰.

4. Test de las justificaciones empresariales

El examen de la jurisprudencia norteamericana evidencia un cuarto grupo de criterios que han sido utilizados para determinar los productos implicados en un presunto caso de vinculación ilegal. Estos criterios aluden a las circunstancias específicas del mercado y exigen examinar la posible existencia de justificaciones empresariales a la conducta de la empresa que recurre a la vinculación para decidir sobre la existencia o no de dos productos diferenciados.

¹⁰⁹ El razonamiento del Tribunal ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina. Éste se ampara formalmente en el argumento de la fungibilidad entre productos para concluir sobre la existencia de un único producto. Ahora bien, es muy cuestionable que los periódicos matutinos y vespertinos sean idénticos y totalmente intercambiables entre sí. De una lectura más atenta del caso, parece deducirse que lo que en realidad motivó al Tribunal a afirmar la existencia de un solo producto era el ahorro de costes que suponía para la empresa la exigencia de que los anunciantes adquirieran espacio en ambos periódicos. Vid. HUNT: “Product Separability...”, *cit.* p.171; *infra*, Capítulo V.II.B.1.

¹¹⁰ Vid. HUNT: “Product Separability...”, *cit.*, pp. 160 y ss.

El caso más paradigmático lo constituye *United States v. Jerrold Electronics Corp*¹¹¹. El Tribunal Supremo analizó la legalidad de la política comercial de la empresa Jerrold Electronics, pionera en el mercado de los sistemas de antenas comunitarias. La introducción de este nuevo producto en el mercado se llevó a cabo mediante una política que, entre otras condiciones, vinculaba la compra de un sistema de antenas a la contratación de los servicios de instalación y mantenimiento de las mismas. Además, Jerrold ofrecía los productos en bloque, negándose a vender los distintos componentes individuales de los sistemas de antenas de forma aislada. El Tribunal examinó ambas conductas a fin de determinar si eran englobables dentro de la prohibición de vinculación contenida en la sección 1 de la *Sherman Act*.

Por lo que se refiere a la primera de las prácticas, la venta conjunta de sistemas de antenas y servicios de instalación y mantenimiento, el Tribunal se descosta de la tradicional prohibición *per se* de los contratos vinculados, y evalúa la conducta conforme a la regla de razón, abriendo la puerta a eventuales justificaciones de la misma. En concreto se acepta la tesis mantenida por Jerrold de que la vinculación forzosa (el gobierno defendía la existencia de alternativas menos restrictivas de la competencia) era precisa para garantizar el correcto funcionamiento del sistema de antenas así como la reputación y posibilidades de crecimiento y desarrollo de la propia empresa. El juez admite esta defensa pero sólo en los primeros momentos del lanzamiento, en los que la vinculación sí podía considerarse necesaria para introducir un nuevo producto, con un futuro incierto, en el mercado. A medida que la industria fuera echando raíces y consolidándose, las razones que justificaban la imposición de esta política de servicios desaparecían.

Por lo que se refiere a la venta de sistemas integrados, el Tribunal va a realizar, de nuevo, un juicio sobre la razonabilidad de la restricción, pero ésta vez desde un enfoque distinto, centrándose en el análisis de la existencia o no de dos productos diferenciados. El Tribunal repasa algunos

¹¹¹ 365 U.S. 567 (1961).

de los criterios tradicionales de determinación de los productos implicados. Criterios que se centran en la naturaleza de la oferta y la demanda así como en la propia estructura del producto ofrecido: prácticas de otros competidores, variaciones en la composición y en el número de piezas de cada sistema, fijación del precio en atención a los componentes individuales, etc. En principio, estos criterios permitían deducir la existencia de diversos productos, no obstante, el Tribunal considera determinante para establecer la existencia de un único producto, al menos durante un periodo de tiempo determinado, la existencia de razones empresariales legítimas que justificaban la vinculación, en concreto, las mismas razones que habían permitido concluir sobre la razonabilidad de la imposición de la contratación de servicios. “La política de Jerrolds de venta de sistemas integrados es un complemento necesario de su política de imposición de un servicio de instalación y mantenimiento, estos sistemas pueden ser razonablemente considerados un único producto mientras se mantengan las condiciones que justifican la imposición de la contratación de los servicios. Una vez que las circunstancias cambien y desaparezca la necesidad de imposición del servicio, también se eliminan las razones económicas que apoyan la venta de sistemas integrados. En ausencia de estas razones económicas, el Tribunal no considera que el sistema integrado pueda ser considerado un único producto”¹¹².

Este caso evidencia la trascendencia que en EE.UU. tiene la determinación de la existencia de uno o dos productos como consecuencia de la sujeción de los contratos vinculados a la regla de prohibición *per se*. Esto lleva a que consideraciones que, en principio, se refieren a los efectos o circunstancias del caso concreto, formen parte del elemento definicional, hasta el punto de que cuando cambian esas circunstancias específicas, la

¹¹² Un razonamiento similar fue seguido por los tribunales inferiores, en el caso *Dehydrating Process Co. v. A.O. Smith Corp.* (292 F 2d 653, 1st Cir., *cert.denied*, 368 U.S. 931, 1961). En este caso, la empresa demandada, Dehydrating Process, era un productor establecido de silos y equipos de descarga. Durante varios años, la empresa estuvo recibiendo quejas de los consumidores, derivadas de la utilización de equipos de descarga de los competidores con sus silos, por lo que decidió adoptar una política de vinculación de los silos con sus equipos de descarga. El Tribunal utilizó argumentos similares a los considerados en *Jerrold Electronics* (daños para la reputación de la empresa demanda), para afirmar, no la justificación de la conducta de vinculación, sino la inexistencia misma de la práctica.

conducta se define de forma diversa. En un primer momento la práctica no puede ser considerada un contrato vinculado porque no existen dos productos, pero si cambian determinadas circunstancias sí cabe hablar de dos productos y por tanto, de contrato vinculado.

La consideración de justificaciones empresariales a la integración no constituye un enfoque adecuado para resolver el problema de la separabilidad de productos. En primer lugar, la adopción de este criterio generaría una enorme confusión sobre la propia naturaleza y definición del tipo, al hacer depender éste de circunstancias cambiantes. En segundo lugar, este criterio confunde el alcance que ha de serle dado a la constatación de la existencia de productos diferenciados en la evaluación de la anticompetitividad de un contrato vinculado. Si bien es innegable que pueden plantearse en el caso concreto, una serie de circunstancias, que aconsejen que una práctica obvia de vinculación no sea declarada ilegal, insertar estas justificaciones en la determinación inicial de si existe siquiera un contrato vinculado, lleva a una distorsión de la carga de la prueba que compete a las partes implicadas en un procedimiento. Una vez demostrada la existencia de una práctica de vinculación y sus eventuales efectos lesivos de la competencia, incumbe a la empresa demandada probar la existencia de razones empresariales que justifican el recurso a la misma y que permitan compensar los eventuales daños que de ésta puedan derivarse¹¹³.

5. La unión legal entre productos: la determinación de los productos implicados en presencia de un derecho de propiedad intelectual

Las prácticas de vinculación presentan una especial complejidad en los supuestos en los que se encuentra implicado un derecho de propiedad

¹¹³ Vid. ROSS: "The single product issue in Antitrust Tying:...", *cit.*, p. 969.

intelectual¹¹⁴. Concretamente, los problemas se plantean desde una doble perspectiva: identificación y valoración de la conducta.

Las cuestiones de identificación se centran, principalmente, en la determinación de los productos envueltos en una conducta empresarial, ya se trate de una venta, un arrendamiento o un contrato de licencia. El reconocimiento legal de un derecho de exclusiva obliga a analizar el papel que éste cumple en la amalgamación de productos físicamente diferenciables. Así, por ejemplo, la trascendencia del reconocimiento de una patente sobre un sistema, integrado por diversos componentes que pueden ser objeto de tráfico individual, o de un derecho de autor sobre una obra susceptible de descomposición. Por su parte, también la presencia de una marca u otros signos distintivos de los productos, servicios o actividad de un empresario, puede suscitar dudas sobre los productos o prestaciones que entran dentro del ámbito de cobertura del derecho de utilización exclusiva.

A estos problemas iniciales, se añade, una vez constatada la presencia de una práctica de vinculación, la dificultad de valoración de sus efectos económicos. La introducción de determinadas restricciones, como la obligación de adquisición de prestaciones o productos complementarios es muy frecuente en los contratos de transferencia de tecnología o de licencia de marca. Restricciones que pueden encontrar su justificación económica en, por ejemplo, la necesidad de garantizar una correcta explotación de las patentes u otras invenciones, o en la protección de la calidad o reputación asociadas a una determinada marca. Los eventuales efectos beneficiosos, resultado de un balance económico y concurrencial, de las cláusulas de

¹¹⁴ El término propiedad intelectual tiene diversas acepciones. En este trabajo manejamos un concepto amplio que abarca una pluralidad de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico sobre diversas creaciones del intelecto, así estarían comprendidos, tanto la propiedad intelectual en un sentido estricto – derechos de autor- como todo aquello que, en España y otros países se conoce como propiedad industrial –patentes, modelos de utilidad, marcas, nombres comerciales, diseño industrial y otros derechos de exclusiva análogos (topografías de productos semiconductores, certificados sobre obtenciones vegetales, etc.). Acogemos así una concepción ampliamente difundida en foros internacionales (en este sentido se entiende la propiedad intelectual en el *Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* [ADPIC] y en otros ordenamientos jurídicos, como el estadounidense).

vinculación en relación con derechos de propiedad intelectual, han determinado la adopción, en los principales sistemas jurídicos, de un trato comparativamente mucho más favorable a estas restricciones que a los supuestos tradicionales en que estas conductas aparecen de forma aislada¹¹⁵.

Los problemas señalados obedecen por tanto, a dos planos distintos. Los primeros se refieren únicamente al cumplimiento o no de determinados requisitos sustantivos o definatorios de una conducta y, por tanto, a la posibilidad de subsunción de la práctica empresarial dentro de una categoría o tipo concreto –contrato vinculado–, sin entrar a valorar en ningún momento, la adecuación de esa conducta con el Derecho de la competencia. Por el contrario, el segundo orden de problemas atiende ya, a la valoración de estas conductas de cara a determinar si esa práctica de vinculación puede ser justificada debido al saldo positivo que arroja el balance de sus eventuales efectos anti y procompetitivos.

Pese a que la distinción aparece perfectamente dibujada en el plano teórico, el examen de la práctica de las autoridades de la competencia no refleja siempre una diferencia tan nítida. De hecho, principalmente en el

¹¹⁵ Así, por ejemplo, existe una actitud más benevolente respecto de los contratos vinculados en industrias tecnológicas que en otros sectores. En las Directrices estadounidenses sobre Licencia de Propiedad Intelectual de 1995 (*Intellectual Property Licensing Guidelines*), se abandona la tradicional regla de prohibición *per se*, utilizada con carácter general para evaluar la legalidad de los contratos vinculados, a favor de la siempre más flexible, regla de lo razonable o *rule of reason*. Por lo que se refiere al ámbito europeo, el tratamiento de las cláusulas de vinculación en los acuerdos de transferencia de tecnología ha sido objeto de una paulatina flexibilización. Así, ya en el anterior Reglamento se excluyeron estas prácticas de la “lista negra” para pasar a ser incluidas en la denominada “lista gris” [Reglamento (CE) n°240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología]. En el Reglamento actual [Reglamento (CE) n° 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología], hasta cuotas de mercados del 20 ó del 30% opera la exención con carácter general. Cuotas de mercado mayores determinarían que las prácticas de vinculación sean sujetas a un examen individual, en el que ya se apuntan una serie de directrices favorables a tener en cuenta en su valoración. Junto al reconocimiento del riesgo de que de estas prácticas causen lesiones a la competencia, también se señalan los posibles efectos beneficiosos que de las mismas pueden derivarse. En concreto, la explotación técnicamente satisfactoria de la tecnología licenciada o la protección y garantía de su calidad. Vid., *in extenso*, *infra*, Capítulo III.III.B.1.

ámbito estadounidense, criterios de justificación han sido esgrimidos para concluir sobre la existencia de un único producto y, por tanto, sobre la ausencia misma de una práctica de vinculación.

En este apartado, nuestro objetivo viene limitado al examen de la primera de las cuestiones apuntadas: identificación de los productos implicados en una determinada transacción empresarial. Ello, sin perjuicio, de que, en capítulos posteriores, se vuelva a atender a los perfiles y problemas específicos que suscita la vinculación de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual, enfocándolos desde la óptica de la posibilidad de justificación económica de la conducta¹¹⁶.

5.1. Patentes

Por lo que se refiere a las patentes, los problemas se plantean al constituir buena parte de los productos patentados combinaciones únicas de productos o materiales no patentados. Es decir, la patente se reconoce sobre combinaciones novedosas de elementos generalmente producidos y comercializados separadamente¹¹⁷. ¿Estamos ante un único producto compuesto o ante una pluralidad de productos diversos? La patente cumple en estos casos, un papel fundamental, consistente en la unión de todos estos componentes individuales y su conversión en un único bien. La unidad del paquete de productos viene determinada por la ley. Como señala TURNER¹¹⁸, “una patente sobre un sistema integrado por diversos componentes, como cualquier otra, otorga a su titular el derecho exclusivo a producir, vender y utilizar el objeto sobre el que ésta recae. (...) Por tanto, si el reconocimiento de un derecho de patente tiene algún significado es,

¹¹⁶ Vid., *infra*, Capítulo V.III.

¹¹⁷ En EE.UU., este tipo de patentes es reconducible a una categoría específica: patente por combinación o *combination patent*, la cual se concede sobre una invención consistente en la unión de distintos componentes, ya existentes, en un modo novedoso (definición recogida en *Black's Law Dictionary*, 7th Ed. St. Paul, Minn., 1999). En nuestro ordenamiento jurídico, este tipo de patentes encontrarían cabida dentro de la categoría general de patentes de producto.

¹¹⁸ TURNER: “The validity of tying arrangements under the antitrust laws”, *cit.*, p. 69.

precisamente, que la patente define el *producto* y que la venta de ese *producto* no puede ser legalmente considerada una práctica de vinculación”¹¹⁹.

De no existir esa unión legal entre los diversos bienes, la imposibilidad de adquisición aislada de los mismos podría ser considerada una conducta de vinculación. Vinculación cuya justificación podría ser intentada posteriormente, mediante la defensa de los beneficios económicos resultantes o derivados de ésta. Vinculación, que a lo sumo podría perder este carácter, si llegara a generalizarse de tal modo en el mercado que desapareciera la demanda aislada para los productos integrantes y fuera sustituida por una demanda dirigida únicamente a la totalidad del producto. En presencia de una patente, existe *ab initio* un único producto, unicidad que se deriva de la fusión de sus componentes en el marco de un derecho de exclusiva. ¿Por qué? La concesión de una patente lleva implícito el reconocimiento de que esa integración es novedosa y digna de ser protegida. La justificación económica de la unión o vinculación de bienes no necesita ser alegada como defensa por la empresa que la realiza, sino que ésta es presupuesta por el ordenamiento jurídico, que reconoce la innovación y la protege mediante la concesión de un derecho¹²⁰.

Ahora bien, la patente cubre -en el sentido de unir legalmente-, sólo los productos comprendidos dentro de su objeto. Por tanto, la unión de un producto patentado con un bien no patentado puede constituir una práctica de vinculación, siempre que ambos bienes pertenezcan a mercados

¹¹⁹ En el mismo sentido, vid. LAHEY: “Tying arrangements and the single product issue”, 31, Ohio State Law Journal, 1970, pp. 861 y ss.

¹²⁰ El derecho de explotación exclusiva de una invención se reconoce únicamente durante un periodo de tiempo limitado. ¿Qué ocurre una vez extinguida la patente?, ¿Cabe mantener la presencia de un único producto y, por tanto, la inexistencia de una práctica de vinculación? En principio, la respuesta a este interrogante se deriva, como en cualquier otro supuesto, del examen de los caracteres de los mercados implicados y de la aplicación del test de la demanda diferenciada. Si, expirado el plazo legal, la demanda de los consumidores sigue orientándose a la totalidad del sistema sobre el que se había reconocido la patente—supuesto más probable— no estaríamos ante una práctica de vinculación. Por el contrario, si existen demandas individuales para cada uno de los componentes del sistema, se cumpliría el primero de los requisitos estructurales o sustantivos de los contratos vinculados.

diversos. De hecho, la tipificación expresa de los contratos vinculados como ilícito competitivo tiene su origen en EE.UU., ante el temor de que a través de estas conductas, el titular de una patente pudiera extender su poder a bienes no comprendidos dentro de la misma, pero funcionalmente relacionados¹²¹. Consideramos necesario recalcar que el hecho de que se

¹²¹ Las primeras prácticas de vinculación consideradas por los tribunales estadounidenses se referían a intentos del titular de una patente de condicionar la venta o arrendamiento de un producto patentado a la adquisición de bienes no patentados. Inicialmente, estas conductas no se resolvieron con arreglo a la, entonces jovencísima, *Sherman Act*, sino en aplicación de la normativa en materia de patentes. En una primera fase, los tribunales consideraron que estas prácticas estaban comprendidas dentro de las facultades inherentes al derecho de exclusiva y así se afirmó la legalidad de la vinculación de una máquina patentada utilizada para la fijación de botones en calzado y los botones precisos [*Heaton-Peninsular Button Fastener Co. v. Eureka Specialty Co.*, 77 F.288, (6th Cir. 1896)] o de la conducta consistente en subordinar la concesión de licencias sobre una máquina patentada de duplicación a través de plantillas, a la adquisición de todos los consumibles precisos (papel, tinta, etc.) a la empresa titular de la patente [*Henry v. A.B. Dick Co.*, 224 U.S. 1 [1912]]. En *United States v. Winslow* (227 U.S. 202, 1.913)], la Corte rechazó los peligros de las cláusulas vinculadas basándose de nuevo en la amplitud de facultades que el derecho de patente confería a su titular. Existían dudas sobre la aplicabilidad de la *Sherman Act* a estas conductas. Así, cuando el gobierno demandó a la empresa United Shoe Machinery por considerar que la política de arrendamiento de sus máquinas patentadas constituía una infracción de la sección 1 de la *Sherman Act*, tan sólo tres meses antes de que el Tribunal Supremo emitiera su veredicto en el caso Dick. Co, se extendió el temor de que la *Sherman Act* no pudiera sancionar estas conductas y se demandó una normativa específica. En 1914, se aprueba la *Clayton Act*, que sanciona en su sección 3 las prácticas de vinculación, aludiendo expresamente a la posibilidad de que los productos estén protegidos por un derecho de patente. Diversos autores han visto en la aprobación de esta norma, el intento del legislador de condenar todas aquellas prácticas de vinculación en las que el producto principal estuviera patentado. Se quería asegurar que los contratos vinculados celebrados por la United Shoe Company –a los que se hizo frecuente mención durante los debates legislativos- pudieran ser declarados ilegales con arreglo a la sección 3 de la *Clayton Act*, con independencia de cual fuera el resultado que arrojará el proceso pendiente en aplicación de la sección 1 de la *Sherman Act*. Curiosamente, el primer caso de este tipo que se planteó tras la aprobación de la *Clayton Act* fue finalmente resuelto por el Tribunal Supremo sobre la base del derecho de patentes o de consideraciones de política pública más generales. Motion Picture era titular de una patente sobre un aparato de proyección de películas, condicionando su licencia a la aceptación por parte del licenciataria de proyectar únicamente sus películas. Cuando, Universal proyectó películas pertenecientes a terceros, Motion demandó por infracción de su derecho de patente. El Tribunal Supremo consideró que, las cláusulas ligadas en un contrato de licencia de patente constituyen abuso o “mal uso” de ese derecho (*patent misuse*) y pueden determinar que se niegue el derecho del titular de la patente a ser resarcido en los casos, tanto de infracción de esas provisiones, como de la propia patente. Se fundamentaba la ilicitud de estas cláusulas en la posibilidad que conferían de extensión ilícita del monopolio otorgado por la patente a otros productos no amparados por ella [*Motion Pictures Patents v. Universal Film Co.* 243 U.S. 502 (1917)]. El razonamiento seguido en este caso, fue presentado como un principio jurídico de carácter general en el asunto *Carbice Corp. of America v. American Patents Development Corp.* [283 U.S. 27 (1931)]. Sobre esta primera etapa de la política estadounidense frente a las

realice o proponga una venta conjunta de dos bienes, uno de ellos patentado y el otro no, no implica necesariamente la presencia de una práctica de vinculación. Al igual que en cualquier otro supuesto, la configuración de la figura exige que los bienes puedan ser distinguidos desde una perspectiva económica. Es preciso determinar si en el caso concreto, existen o no mercados diversos para cada uno de los productos atados. Examen que ha de realizarse mediante la aplicación de los tests individualizados anteriormente y, principalmente, a través del test de la demanda. Así, por ejemplo, si la unión de estos bienes posee sentido desde un punto de vista económico, expresado en la inexistencia de demanda suficiente para los componentes o partes integrantes del paquete de forma aislada, no cabe hablar de productos diversos a efectos de aplicación de la norma y ello con independencia de los derechos de propiedad intelectual implicados. Si por el contrario, la realidad económica pone de manifiesto la presencia de mercados diversos, es decir, la existencia de demanda diferenciada, entonces sí cabría concluir sobre la pluralidad de bienes¹²².

Así, en EE.UU., por ejemplo, en el caso *International Business Machines Corp.(IBM) v. United States*¹²³, el Tribunal Supremo consideró que las máquinas perforadas –objeto de un derecho de patente- y las cartas no patentadas de utilización en las máquinas, constituían bienes diversos a efectos de aplicación de la prohibición de las ventas condicionadas o enlazadas. Del mismo modo, también se consideró que dos máquinas patentadas (una de ellas utilizada para convertir las rocas de sal en salmuera para usos en procesos industriales y otra para inyectar sal en

prácticas de vinculación, vid.: JAEGER: “Illiceita dei c.d. tying contracts nel Trattato istitutivo della Comunita Economica Europea e nelle leggi americane antitrust”, *cit.*, p. 474. KRAMER: “The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History”, *cit.*, pp. 1013 y ss.; FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, *cit.*, pp. 644 y ss.; SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, *cit.*, pp. 260 y ss.; BALDWIN/McFARLAND: “Tying Arrangements in Law and Economics”, 8, *Ant.Bull.*, 1963, pp.768 y ss.

¹²² El criterio de la demanda diferencia ha sido acogido expresamente, por la Comisión Europea para determinar los productos implicados en un acuerdo de transferencia tecnología. Vid. *Directrices relativas a los acuerdos de transferencia de tecnología*, *cit.*, párrafo 191.

¹²³ 298 U.S. 131 (1936).

productos enlatados) y la sal que había de ser utilizada con estas máquinas, eran productos diversos en el caso *International Salt Co. v. United States*¹²⁴.

En el ámbito europeo, la Comisión sancionó en el asunto *Vaessen Moris*¹²⁵, la práctica de una empresa de condicionar la licencia de una patente sobre un procedimiento de envasado de salchichones de carne de caballo de forma cuadrada (*saucisson de Boulogne*) y sobre la maquinaria necesaria para llevar a cabo dicho procedimiento, a la obligación del licenciataria de comprarle todos los intestinos necesarios. El ejecutivo comunitario concluyó que esta conducta constituía una práctica ilícita de vinculación, los intestinos no estaban incluidos dentro del objeto de la patente y pertenecían, además, a un mercado distinto. Existía tanto una demanda como una oferta aislada para los intestinos, independiente de la demanda del producto principal.

En el caso *Windsurfing*¹²⁶, la Comisión Europea examinó los contratos de licencia de la empresa Windsurfing International, titular de una patente sobre los aparejos de las tablas de vela. En estos contratos se obligaba al licenciataria a vender el producto fabricado bajo licencia – aparejos-, sólo conjuntamente con otros productos procedentes del cedente de la licencia –flotador-¹²⁷. El Tribunal ratificó la opinión del ejecutivo comunitario de que los aparejos y los flotadores de tablas de vela constituían productos distintos y que, por tanto al ligar la venta de aparejos a la compra de tablas, Windsurfing realizaba una vinculación contraria a la letra e) del apartado 1) del artículo 81 del Tratado CE. En este caso, el alcance de la patente era una de las cuestiones controvertidas, finalmente

¹²⁴ 332 U.S. 392 (1947).

¹²⁵ Asunto *Vaessen/Moris*, Decisión de la Comisión de 10 de enero de 1979, Asunto IV/C-29.290. Vid., *infra*, Capítulo III.III.B.1.

¹²⁶ Asunto *Windsurfing*, decisión de la Comisión de 11 de julio de 1983, Asunto IV/29395; recurso desestimado en apelación por Sentencia del TJCE de 25 de febrero de 1986, *Windsurfing International c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 193/83. Vid. *infra*, Capítulo III.III.B.1.

¹²⁷ Las tablas de vela son productos compuestos, integrados por un flotador (casco de material plástico equipado con una orza) y aparejo (instalación formada básicamente por un mástil, una articulación para el mástil, una vela y un aparejo).

se concluyó que ésta se extendía sólo a los aparejos de la tabla y no a las tablas de vela completas. Pero una vez resuelta esta cuestión, la determinación de la existencia o no de una práctica de vinculación obligaba a responder a la siguiente pregunta: ¿Existían mercados diferenciados para las tablas de vela completas y para sus componentes? De responderse negativamente a esta cuestión, no cabría hablar de vinculación contractual, existiría un único producto, compuesto por materiales patentados y materiales no patentados. Tanto la Comisión como el Tribunal, afirmaron, no obstante, la existencia de un mercado, si bien de reducidas dimensiones, para los componentes separados¹²⁸. Dos productos distintos vinculados o enlazados por la empresa y, por tanto, concurrencia de los requisitos estructurales de una práctica de vinculación.

5.2. *Derechos de autor*

Los resultados en materia de patentes son extensibles al campo de los derechos de autor. En principio, el objeto de cobertura del derecho delimita el producto. Así, el titular de un derecho de autor sobre una obra susceptible de descomposición en diversas partes, por ejemplo, una trilogía, no realiza una práctica de vinculación, si se niega a proporcionar acceso a los componentes de forma aislada. La trilogía constituye, a estos efectos, un único producto. Ahora bien, una vez sobrepasado el objeto del derecho, la unión de la obra protegida con otras prestaciones no amparadas o cubiertas por el derecho puede constituir un supuesto de vinculación contractual.

En el caso *United States v. Loew's Inc.*¹²⁹, el Tribunal Supremo estadounidense consideró que la política de diversas distribuidoras cinematográficas de condicionar la venta o licencia para su exhibición

¹²⁸ La Comisión consideró que, desde 1978, existía una demanda de componentes aislados de las tablas de vela que sobrepasaba la simple demanda de piezas de recambio. Esta afirmación se realizó sobre la base de catálogos, de material publicitario y de informaciones recabadas de distintas empresas, así como en atención a la liquidación de los cánones de los cesionarios de Windsurfing Internacional.

¹²⁹ 371 U.S. 38 (1962). Vid., *infra*, Capítulo III.II.B.2.

televisiva de determinadas películas –protegidas e individualizadas por un derecho de autor- a la necesidad de adquirir también otras películas no deseadas o de inferior calidad (práctica de *block-booking*), constituía un contrato vinculado ilegal bajo la sección 1 de la *Sherman Act*.

Las autoridades de la competencia, tanto en EE.UU. como en Europa han prestado especial atención a las actividades y formas de actuación de las sociedades de gestión colectiva. Estas entidades buscan resolver los problemas asociados a la licencia de obras musicales amparadas por un derecho de autor. Generalmente operan a través de licencias en blanco, que otorgan al licenciatarario el derecho a reproducir todas y cada una de las composiciones propiedad de los miembros o afiliados todas las veces que deseen durante un periodo de tiempo prefijado. Las tasas consisten generalmente en un porcentaje sobre los beneficios o en una suma fija, no dependiendo directamente de la cantidad o tipo de música utilizada.

El Tribunal Supremo norteamericano tuvo ocasión de examinar la legalidad de este tipo de prácticas desde la óptica del derecho de la competencia en el caso *Broadcast Music, Inc v. Columbia Broadcasting System, Inc.*¹³⁰. Columbia Broadcasting System (CBS), una de las tres mayores cadenas de televisión, solicitó licencias por uso, de tal forma que pudiera seleccionar y pagar sólo por las composiciones que efectivamente deseara emitir. Dos de las principales sociedades de gestión de derechos de autor, ASCAP y BMI rechazaron esta proposición. Columbia acudió a los tribunales, demandando a las sociedades por vinculación ilegal. El Tribunal consideró que a través de la oferta de este paquete de licencias, la sociedad estaba vinculando productos diversos, si bien, finalmente, la conducta fue autorizada por no satisfacer los requisitos de anticompetitividad. Concretamente, el Tribunal Supremo consideró que las sociedades de gestión carecían del poder de forzar al demandante a aceptar el paquete de licencias, ya que Columbia tenía la posibilidad de contratar cualquier licencia individual que deseara, acudiendo directamente al compositor ya que las licencias que éstos concedían a las sociedades no tenían carácter exclusivo.

¹³⁰ 441 U.S. 1 (1979).

En Europa se planteó un caso semejante. La Sociedad de Autores, Compositores y Editores de Música (“SACEM”) era una sociedad de gestión colectiva francesa que operaba únicamente a través de estas licencias conjuntas. Diversas discotecas alegaron, entre otras pretensiones, que únicamente deseaban adquirir música anglo-americana pero que, como consecuencia de la política contractual seguida por SACEM, estaban obligadas a adquirir a su vez música francesa si deseaban obtener cualquier tiempo de licencia. El caso llegó al Tribunal de Justicia quién, en una resolución muy controvertida, consideró que no se había cometido un abuso de posición dominante¹³¹.

5.3. *Marcas*

La cuestión de identificación de una cláusula o práctica de vinculación se ha revelado especialmente compleja en determinadas relaciones contractuales relativas a la utilización de marcas u otros signos distintivos de los productos o servicios empresariales. En concreto, se ha suscitado la posibilidad de que la marca como bien inmaterial pueda ser caracterizada como un producto con entidad propia y, por tanto, de que determinadas prestaciones a las que cabe subordinar el derecho a la utilización de la marca puedan ser reconducibles a la categoría de “prestaciones suplementarias” o “vinculadas”.

El tratamiento de la cuestión es controvertido. El análisis de la jurisprudencia estadounidense y comunitaria, así como de los pronunciamientos doctrinales al respecto, ponen de manifiesto la ausencia de una línea de razonamiento uniforme. En el examen del *mare mágnum* casuístico encontramos soluciones muy diversas para supuestos de hecho

¹³¹ *Ministere Public v. Tournier (SACEM II)* Asunto 395/87, [1989] ECR 2521). Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia*, Tomo II. *cit.*, p. 1073; HERRERO SÚAREZ: “Libre competencia y propiedad intelectual. Análisis comparativo entre el Derecho antitrust estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo”, *Derecho de la Competencia europeo y español*, ed. Dykinson, volumen VI, 2004, pp. 99 y ss.

muy similares, confusión entre elementos de estructuración de una conducta y parámetros de valoración de la misma, respuestas otorgadas más en atención a la protección de determinados intereses individuales y concretos que al examen objetivo de la relación contractual controvertida, así como trasvase automático de conclusiones entre figuras contractuales, en las que aparecen derechos de marca, de naturaleza diversa.

La resolución del problema, exige la anticipación de una serie de consideraciones generales. En primer lugar, no es posible establecer una regla o parámetro general de aplicación a todas las transacciones empresariales que se refieran a la autorización de uso de un signo distintivo. La presencia o no de una práctica de vinculación habrá de ser determinada en atención al objeto del contrato considerado y a la función específica que la marca cumple dentro del mismo. En segundo lugar, adelantamos que el objetivo del presente apartado es identificar los posibles supuestos de vinculación contractual, sin pretender agotar el examen desde la óptica del Derecho de la competencia de estas conductas, sin perjuicio de que, necesariamente, determinadas consideraciones valorativas hayan de ser ponderadas en esta fase de delimitación y caracterización.

En el tratamiento de esta cuestión, consideramos conveniente el análisis diferenciado de los dos principales supuestos en los que se ha suscitado la problemática: los contratos de licencia de marca y los contratos de franquicia. El objetivo de esta distinción es examinar la cuestión partiendo de las situaciones más sencillas para analizar posteriormente, un esquema contractual más complejo, que es el propio de los contratos de franquicia. En concreto, se valorará si las soluciones ofrecidas respecto de los contratos de licencia de marca, son extrapolables y, en su caso, con qué peculiaridades o matizaciones, al ámbito de los contratos de franquicia en los que la autorización de la marca u otros signos distintivos del franquiciador, constituye, generalmente, un componente esencial. El análisis del tema exige la introducción de una serie de consideraciones o apreciaciones de naturaleza general sobre el concepto, clases y función económica de cada una de las figuras contractuales reseñadas.

5.3.1. El contrato de licencia de marca

Contratos de distribución y contratos de licencia de marca son figuras contractuales diversas, si bien, en ocasiones, su delimitación en la práctica puede resultar problemática¹³². La diferencia fundamental radica en el sujeto que, en cada uno de los supuestos, lleva a cabo la introducción del producto en el comercio. El objeto de los contratos de distribución recae en los productos o servicios contraseñados por la marca. El titular de la marca –o terceros por él autorizados– es el responsable de la puesta en el comercio de estos bienes o servicios, por tanto, en virtud del principio de agotamiento de la marca, el distribuidor no precisa de una autorización para la utilización del producto contraseñado. La profesora ORTUÑO señala que la posición del distribuidor respecto de la marca es idéntica a la que tendría cualquier adquirente del producto identificado. El poder de disposición sobre el mismo deriva directamente de las facultades conferidas por la adquisición de un bien ya introducido en el comercio y no de la existencia de una autorización por parte del titular¹³³. El distribuidor no interviene, en modo alguno, en la elaboración del producto o servicio contraseñado, limitándose a realizar funciones de comercialización y estando limitadas sus posibilidades de uso de la marca¹³⁴.

¹³² Vid. sobre la distinción entre contratos de distribución y contratos de licencia, ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 179 y ss.; RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca*, cit., pp. 158 y ss.; JOLIET: "La licence de marque et le droit européen de la concurrence", 1, RTDE, 1984, pp. 3 y ss.

¹³³ Vid. ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, cit, p.181.

¹³⁴ En principio, el distribuidor de productos de marca, podrá utilizar ésta como mera denominación (catálogos, listas, estantes, ect.), pero no como instrumento de competencia, a menos que medie autorización del titular de la marca (p.e., iniciación de campañas publicitarias de la marca). Vid. ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, cit, pp. 183 y ss. Sobre la posición del TJCE sobre el alcance del principio de agotamiento del derecho de marca, vid. STJCE de 4 de noviembre de 1997, Asunto *Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV*; STJCE de 23 de febrero de 1999, Asunto *Bayersische Motorenwerke AG (BMW) et BMV Nederland BV c. Roland Karen Deenik*. En el ámbito interno, vid. artículos 36 y 37 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, referidos, respectivamente, al agotamiento y a las limitaciones del derecho de marca.

A través de la concesión de una licencia, el titular de la marca legitima al licenciatarario para la realización de actos de uso de la marca que constituirían actos de usurpación de no mediar ésta¹³⁵. A diferencia del supuesto anterior, el licenciatarario de la marca va a participar, en mayor o menor medida, en el proceso de elaboración del producto, al que después en virtud de la autorización concedida, podrá colocar la marca. Esta participación puede revestir distinta intensidad, pudiendo comprender desde la fabricación del producto hasta la simple transformación o reelaboración de los productos suministrados por el licenciante o por terceros autorizados por éste. Un sector doctrinal defiende que la participación del licenciatarario en la puesta en el comercio del producto puede limitarse, incluso, al reenvasado o etiquetado de los bienes adquiridos del licenciante¹³⁶.

En este caso, la licencia, pese a ser conceptualmente diversa a un contrato de distribución, sí cumple una función de comercialización de bienes y servicios en el mercado¹³⁷. La concesión de una licencia, puede operar así, como un canal alternativo de colocación en el mercado de los bienes y servicios del titular de la marca¹³⁸. El rasgo característico de la licencia de marca en su función económica distributiva estriba, por tanto,

¹³⁵ Vid. ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca, cit.* p.180; JOLIET: "La licence de marque et le droit européen de la concurrence", *cit.* p.10.

¹³⁶ Vid. en este sentido JOLIET: "La licence de marque et le droit européen de la concurrence", *cit.* pp. 10-11, quién considera reconducible a la figura de la licencia el contrato por el que un importador adquiere cervezas en grandes contenedores y posteriormente procede a embotellarlos para su difusión en el mercado. La profesora ORTUÑO BAEZA (*La licencia de marca, cit.* p. 182) también entiende necesaria una licencia en estos supuestos, al tratarse de productos que aún no han sido identificados con la marca, por lo que, al no haberse producido el agotamiento de ésta, su puesta en el mercado requiere de la autorización del titular.

¹³⁷ Vid. sobre la función distributiva de la licencia de marca, RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca, cit.* pp. 123 y ss.: "La utilización de la marca del licenciante en los productos elaborados o transformados por el licenciatarario o simplemente importados por éste en los supuestos en los que no se haya producido el agotamiento del derecho de marca, deriva finalmente en la distribución de estos productos."

¹³⁸ Sobre las ventajas e inconvenientes de la licencia de marca frente a otras formas alternativas de distribución, vid. FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Madrid, 1984, pp. 336 y ss.; ORTUÑO BAEZA: *Licencia de marca, cit.*, pp.234 y ss.

en la identidad entre los productos o servicios del cedente de la marca y aquéllos sobre los cuales el licenciatarario ha obtenido autorización para colocar la marca¹³⁹.

Por lo que a la valoración del contrato de licencia de marca desde la óptica del Derecho antimonopolio se refiere, es necesario aclarar en primer lugar, que la licencia, en cuanto ejercicio de una facultad conferida por un derecho de propiedad industrial, no es en sí misma restrictiva de la competencia¹⁴⁰. El problema radica en que, determinadas cláusulas habituales en estos contratos, pueden suscitar recelos desde la perspectiva de la tutela de la libre competencia en los mercados¹⁴¹. En concreto, en este trabajo nos interesan algunas cláusulas relacionadas con el ejercicio de control por parte del licenciante respecto de la calidad de los productos o

¹³⁹ Desde el ámbito del Derecho de la competencia europeo, la distinción entre contratos de distribución y contratos de licencia de marca tenía trascendencia, con anterioridad a la aprobación del Reglamento (CE) N°2790/1999 *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*, ya que los contratos de distribución podían entrar dentro del ámbito del Reglamento CEE 1983/83 referido a los acuerdos de distribución exclusiva, mientras que las partes de un acuerdo de licencia de marca estaban obligadas a acudir al procedimiento de exención individual. El Reglamento actual comprende dentro de su ámbito de aplicación las restricciones relativas a un derecho de propiedad intelectual, siempre que el principal objeto del acuerdo sea la adquisición o distribución de bienes o servicios. La Comisión excluye expresamente del ámbito del Reglamento, las licencias puras de una marca o signos a efectos de su comercialización. Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafos 30-39.

¹⁴⁰ Vid. JOLIET: "La licence de marque et le droit européen de la concurrence", *cit.*, pp. 7 y ss.; ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, *cit.* pp. 310 y ss.; RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca*, *cit.*, pp. 318 y ss., Con carácter general, sobre las relaciones entre derechos de propiedad intelectual y normativa en materia de competencia, vid. HERRERO SÚAREZ: "Libre competencia y propiedad intelectual", *cit.*; OECD Competition Policy Roundtables, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, DAF/CLP(98)18; FERNÁNDEZ-NÓVOA/COSTAS COMESAÑA: "Derecho de la competencia y propiedad industrial, comercial o intelectual", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la competencia*, dir. BENEYTO, coord. MAILLO, Barcelona, 2005, pp. 513 y ss.

¹⁴¹ RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca*, *cit.* p. 321 señala como: "El análisis del contrato de licencia desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia se desplaza, por tanto, desde el tipo negocial a las concretas cláusulas y pactos contenidos en cada caso teniendo en cuenta que la nulidad de éstos como consecuencia del resultado de dicho análisis podrá extenderse también al contrato en su conjunto".

servicios sobre los cuales el licenciatarario está autorizado para emplear la marca¹⁴².

Como hemos visto, la licencia de marca posibilita al licenciatarario la utilización de un signo distintivo cuya titularidad permanece en manos del licenciante. La misma marca va a ser utilizada en el tráfico económico para identificar bienes que pueden estar producidos por diversos sujetos. El licenciante tiene un claro interés en supervisar la calidad y la naturaleza de los productos sobre los que va a figurar su marca, de ahí que en los contratos de licencia, frecuentemente, se contengan cláusulas destinadas a esta finalidad¹⁴³. Este control puede instrumentarse de muy diversas maneras, una de ellas consiste en la imposición al licenciatarario de la obligación de adquirir del licenciante (o del tercero designado por éste) los ingredientes, componentes, materias primas o elementos integrantes del

¹⁴² Otras cláusulas frecuentes en los contratos de licencia de marca cuya compatibilidad con la normativa en materia de libre competencia puede presentar problemas, son las cláusulas de exclusiva, la fijación de obligaciones de no competencia, el establecimiento de restricciones territoriales a la actividad del licenciatarario, etc., Vid. RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca*, cit. pp. 327 y ss.; ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, cit.; JOLIET: "La licence de marque et le droit européen de la concurrence", cit.

¹⁴³ El control por parte del licenciante de la calidad de los productos o servicios distinguidos por la marca licenciada está íntimamente relacionado con la función que la marca cumple de indicación de la calidad de un producto o servicio. Esta función puede verse cuestionada en el caso de que un tercero participe en el proceso de producción del bien contrasignado por la marca. Los consumidores confían en que todos los productos distinguidos por una marca respondan a los mismos estándares cualitativos, de ahí que, en algunos ordenamientos jurídicos, como, por ejemplo, el estadounidense, la necesidad de que el licenciante controle la calidad de los productos o servicios que van a ser contrasignados con su marca por terceros, constituya una auténtica obligación jurídica, cuyo incumplimiento puede conducir a la pérdida del derecho sobre la marca, al considerarse que ésta ha sido abandonada (vid. JOLIET: "La licence de marque et le droit européen de la concurrence", cit. p.7). Sobre el requisito de control, vid. *in extenso*, FERNÁNDEZ NÓVOA: *Fundamentos de Derecho de marcas*, cit. pp. 347 y ss.; RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca*, cit. pp. 223 y ss.; ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, cit. pp. 273 y ss. Sobre la concreción del requisito de control en el Derecho estadounidense, vid.: McCARTHY: "Trademark Franchising and Antitrust: The Trouble with Tie-Ins", 58, *Cal.L.Rev.*, 1970, p. 1093; CASADO CERVIÑO: "Relieve del control en la licencia de marca", 9, *ADI*, 1983, pp. 125 y ss.; NOTE: "Quality Control and the Antitrust Laws in Trademark Licensing", 72, *Yale Law Journal*, 1963, pp. 1171 y ss.

producto o, incluso, el propio producto ya elaborado en relación con el cual utilizará la marca licenciada¹⁴⁴.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de estas obligaciones? En principio, caben dos posibilidades: considerarlas una cláusula de vinculación o englobarlas dentro de un supuesto de aprovisionamiento exclusivo¹⁴⁵. Ambas figuras presentan contornos similares¹⁴⁶ y, actualmente, son objeto de una valoración semejante; la diferencia fundamental entre ellas, desde una perspectiva de dogmática jurídica, radica en que, en las segundas, sólo existe un producto, mientras que en las prácticas de vinculación existen dos productos y, por tanto, dos mercados diferenciados.

En consecuencia, la cuestión que es necesario determinar es si, en la hipótesis de que el control establecido por el licenciante de la marca estribe en el suministro al licenciataria de ingredientes o materias primas o, incluso, del producto completo contrasignado por la marca, tal suministro constituye una “prestación suplementaria” (equivalente al *tied product* estadounidense) a cuya aceptación subordina el licenciante la concesión de la licencia de marca, objeto principal del contrato (*tying product*). ¿Puede considerarse la marca –y el derecho a su utilización– como un bien autónomo e independiente de los productos que identifica?

La cuestión no ha recibido un tratamiento uniforme. Principalmente en el ámbito estadounidense observamos opiniones enfrentadas. Diversos

¹⁴⁴ El control también puede articularse mediante la impartición de instrucciones por parte del licenciante al licenciataria sobre las materias primas, los ingredientes, el procedimiento de fabricación de los productos o el modo de prestar los servicios, etc. Otras medidas de control complementarias pueden articularse a través del examen de muestras de los productos distribuidos por el licenciataria bajo la marca licenciada, la inspección de las instalaciones del licenciataria o la formación del personal de la empresa licenciataria. Vid. ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, cit. pp.307 y ss.; FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Fundamentos de Derecho de Marcas* cit. pp.354 y ss.

¹⁴⁵ Vid. ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, cit. p.318; BAKER: “Another Look at Franchise Tie-Ins after Texaco and Fortner”, 14, *Ant.Bull.*, 1969, pp. 767 y ss.; FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Fundamentos de Derecho de Marcas*, cit., pp. 362 y ss.

¹⁴⁶ Vid. *supra*, I. nota 3.

pronunciamientos jurisprudenciales¹⁴⁷ y algún sector doctrinal¹⁴⁸, han defendido la presencia de una cláusula de vinculación en estos supuestos, mientras que esta posibilidad ha sido rechazada en otros casos¹⁴⁹.

Como regla general, no consideramos que pueda caracterizarse como una práctica de vinculación la obligación del licenciataria de la marca de adquirir del cedente –o de terceros designados por éste- los ingredientes o materias primas necesarias para la elaboración del producto sobre el que habrá de aplicarse la marca o, incluso, la totalidad del producto. En nuestra opinión, en estos casos no se cumple el requisito estructural principal de una práctica de vinculación, que es la existencia de dos bienes o productos diferenciados, siendo la naturaleza de estas obligaciones más apropiadamente reconducible a la figura del aprovisionamiento exclusivo (*exclusive purchasing*).

Esta afirmación es resultado del enfoque de la cuestión desde dos perspectivas: desde el análisis del objeto del contrato de licencia y de las funciones de la marca y, de la corroboración de las conclusiones resultado de este análisis, mediante la aplicación del test de la demanda diferenciada, orientado a delimitar los mercados implicados o afectados en una determinada transacción empresarial¹⁵⁰.

¹⁴⁷ *Siegel v. Chicken Delight, Inc.*, 448 F.2d 43 (9th Cir. 1971); *Northern v. McGraw-Edison Co.*, 542 F.2d 1336 (8th Cir. 1976); *Carpa, Inc., v. Ward Foods, Inc.*, 536 F.2d 39 (5th Cir. 1976); *Photovest Corp. v. Fotomat Corp.*, 606 F.2d 704 (7th Cir. 1979); *Warrimer Hermetics, Inc. v. Copeland Refrig. Corp.*, 463 F.2d 1002 (5th Cir. 1972).

¹⁴⁸ Vid. McCARTHY: “Trademark Franchising and Antitrust: The Trouble with Tie-Ins”, *cit.*, p. 1093.

¹⁴⁹ *California Glazed Products Inc. v. Burns & Russell Co.*, 708 F.2d 1423 (9th Cir. 1983).; *Dart Industries Inc. v. Plunkett Co.*, 704 F.2d 496 (10th Cir. 1983).; *Hamro v. Shell Oil Co.*, 674 F.2d 784 (9th Cir. 1982); *Krehl v. Baskin- Robbins Ice Cream Co.* 664 F.2d 1348 (9th Cir. 1982); *Redd v. Shell Oil Co.* 524 F.2d 1054 (10th Cir. 1975); *Kugler v. AAMCO Automatic Transmissions, Inc.*, 460 F.2d 1214 (8th Cir. 1972).

¹⁵⁰ RONCERO SÁNCHEZ (*El contrato de licencia de marca, cit.* pp. 343 y ss.) afronta la cuestión de determinación de la naturaleza jurídica de la conducta a través de una perspectiva diversa. En concreto, defiende que la redacción del artículo 81 y 82 del Tratado CE que sanciona la vinculación de “prestaciones” no relacionadas, no exige examinar si la marca constituye un “producto” diverso de los bienes o servicios que contraseña. Partiendo de la existencia de dos prestaciones diversas

En la determinación de las prestaciones implicadas en una determinada operación, es necesario atender al objeto del contrato, a la realidad sobre la que el contrato incide¹⁵¹. El objeto del contrato es más amplio que la mera utilización de un signo distintivo. En la licencia de marca tradicional lo que se persigue es la comercialización de determinados bienes y servicios, concretamente, de los mismos bienes y servicios que ofrece el titular de la marca. El contrato parte de la conexión entre la marca y los productos que ésta contraseña, por tanto el objeto del contrato, no es la mera autorización para utilizar un signo distintivo en abstracto, sino la autorización para utilizar la marca en relación con determinados bienes o servicios¹⁵².

(sin delimitar, no obstante, que cabe entender por prestación): utilización de la marca licenciada y adquisición de productos en relación con los cuales la marca habrá de ser utilizada, su análisis se centra en determinar la ausencia o no de relación entre ambas. A través de una interpretación amplia del requisito de existencia de relación entre las prestaciones, descarta la existencia de una práctica de vinculación, ya que la imposición de una obligación de adquisición de componentes está íntimamente relacionada con la prestación principal – autorización de uso de la marca-, en cuanto dirigida a tutelar la función indicadora de la calidad de la marca, y concretamente, a asegurar la identidad entre los productos ofrecidos por el licenciante y por los licenciarios bajo la misma marca. La inexistencia de una práctica de vinculación no determina la impunidad de estas conductas frente al Derecho de la competencia, sino su evaluación conforme a parámetros distintos, concretamente, conforme a los criterios de enjuiciamiento *antitrust* de los acuerdos de compra exclusiva.

Las autoridades comunitarias, por su parte, en las ocasiones en las que han tenido que pronunciarse sobre la licitud de una obligación de aprovisionamiento exclusivo incluido en un contrato de licencia, han llevado a cabo una valoración global de la conducta, atendiendo a sus potenciales efectos anticompetitivos, así como a la posibilidad de justificación, sin entrar, no obstante, a una caracterización o delimitación de la naturaleza jurídica de la misma. Vid. Caso *Campari* (Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1977, Asunto IV/171, IV/172, IV/117, IV/117, IV/28.173). Para un análisis detallado del caso, vid. FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Fundamentos de Derecho de Marcas*, cit., pp. 367 y ss.; Caso *Moosehead/Whitbread* (Decisión de la Comisión de 20 de abril de 1990, Asunto IV/32.736); Caso *Carslberg* (Decisión de la Comisión de 12 de julio de 1984, Asunto IV/ 30.129)

¹⁵¹ Vid. GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia*, cit. pp. 96 y ss.

¹⁵² Vid. ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, cit. p. 204: “La licencia de marca en sentido tradicional es aquella que permite la explotación de la marca en mercados en los que la exportación de productos sería muy difícil o muy costosa, poniendo para ello a otro empresario en condiciones de fabricar productos como los fabricados en la empresa del titular y permitiéndole utilizar la marca para identificarlos, siendo, por lo tanto, un presupuesto la identidad en la clase de productos fabricados por el licenciante y por el licenciario”.

Por otra parte, la interpretación que entiende que la marca, en cuanto bien inmaterial, y los productos sobre los que se aplica, en los contratos de licencia, no constituyen bienes diversos, es la más acorde con las funciones que el ordenamiento jurídico reconoce a estos signos distintivos. Si bien la función primera de la marca fue la identificación del origen empresarial de determinados productos o servicios, ésta ha ido paulatinamente perdiendo su fuerza para ser sustituida por una función identificadora de la calidad de los productos¹⁵³. Con arreglo a la misma se considera que, a través de la utilización de la marca se garantiza que todos los productos contrasignados por ella poseen la misma calidad. Calidad que ha de ser interpretada en el sentido de identidad entre todos los productos contrasignados por la marca. Como señala la doctrina, el consumidor asume que todos los productos vendidos bajo una misma marca son de la misma calidad con independencia de quién sea el fabricante efectivo. “Esto no significa necesariamente que éstos bienes sean de una calidad elevada, sino simplemente que son de la misma calidad, sea ésta alta, baja o mediocre”¹⁵⁴. El reconocimiento de protección jurídica a la marca en esta función, deriva en una unión legal entre signos y productos o servicios distinguidos o identificados con ella. La marca no es un producto autónomo, sino un medio de identificación de los productos, de los cuales no puede ser disociada¹⁵⁵.

¹⁵³ Vid. sobre la evolución de las funciones de la marca: FERNÁNDEZ-NOVÓA: *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Madrid, Barcelona, 2004, pp. 66 y ss.; *Fundamentos de Derecho de Marcas*, cit. pp. 44 y ss.; RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca*, cit. pp. 38 y ss.; NOTE: “Quality Control and the Antitrust Laws in Trademark Licensing”, cit., pp. 1171 y ss.

¹⁵⁴ Vid. McCARTHY: “Trademark Franchising and Antitrust: The Trouble with Tie-Ins”, cit., p.1112.

¹⁵⁵ Vid. en este sentido, FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Fundamentos de derecho de marcas*, cit., p. 366; GIÑER PARREÑO: *Distribución y libre competencia*, cit. pp. 386 y ss.: “La marca distingue, en estos supuestos, bien a un producto final, por lo que el signo en cuanto *corpus mysticum* no es una prestación independiente del *corpus mechanicum* o puente sensorial que permite la identificación, conocimiento y utilización de este bien inmaterial, o bien al resultado final comercializado en el mercado, con todo el conjunto de elementos y factores psicológicos que contribuyen a dotarlos de un carácter especial o único”.

En EE.UU., diversos pronunciamientos judiciales recogen esta línea de razonamiento. Así, en *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc.*¹⁵⁶, el juez POSNER tuvo que determinar si podía considerarse que la pretensión de un licenciante de una marca aplicable a edificios prefabricados de que le fueran necesariamente adquiridos esos edificios, constituía una práctica de vinculación. Los demandantes alegaban que el producto principal vendría constituido por la marca, el nombre Morton, y el edificio prefabricado sería el producto vinculado. POSNER rechaza categóricamente –incluso tachándola de absurda– la posibilidad de separación entre un producto y el signo que lo identifica en el mercado. Marca y producto están incuestionablemente unidos. Es la ley, a través del reconocimiento de un derecho de utilización exclusiva de un nombre con un determinado producto o servicio, la que los une, de tal modo que “es conceptualmente imposible considerar que la licencia de uso de una marca es algo separado e independiente de la venta del producto al que esta marca se refiere”¹⁵⁷.

La solución ofrecida se apoya en la unión normativa entre derechos y productos, en atención al propio fin del reconocimiento de una protección jurídica a los signos distintivos de los productos o servicios del empresario. El mismo resultado puede obtenerse si aplicamos el test de los mercados diferenciados. En estos supuestos dibujados de licencia con función distributiva no existen mercados independientes para la marca y para el producto contrasignado, no existe una demanda aislada de la marca, sino que ésta va orientada tanto al producto como al signo que lo identifica.

Por tanto, como regla general, consideramos que en estos supuestos no estaríamos ante una cláusula de vinculación, sino que las condiciones impuestas al licenciatario serían reconducibles a una obligación de

¹⁵⁶ 737 F.2d 698, (1984).

¹⁵⁷ La imposibilidad de disociación entre la marca y el producto que ésta identifica ha sido defendida en diversas sentencias. Vid. *California Glazed Products Inc. v. Burns & Russell Co.*, 708 F.2d 1423 (9th Cir. 1983).; *Dart Industries Inc. v. Plunkett Co.*, 704 F.2d 496 (10th Cir. 1983).; *Hamro v. Shell Oil Co.*, 674 F.2d 784 (9th Cir. 1982); *Krehl v. Baskin- Robbins Ice Cream Co.* 664 F.2d 1348 (9th Cir. 1982); *Redd v. Shell Oil Co.* 524 F.2d 1054 (10th Cir. 1975); *Kugler v. AAMCO Automatic Transmissions, Inc.*, 460 F.2d 1214 (8th Cir. 1972).

aprovisionamiento exclusivo. Esta caracterización tiene trascendencia desde una perspectiva dogmática, y no predetermina, en ningún caso, –o no debería predeterminar– la compatibilidad o no de dicha cláusula con la normativa en materia de competencia. La obligación de aprovisionamiento exclusivo, habrá de ser enjuiciada, a fin de determinar, en primer lugar, si de la misma se derivan efectos lesivos de la competencia y, en caso afirmativo, si los mismos están justificados en atención a la función que esta obligación cumple de garantizar la identidad entre los productos o servicios ofrecidos bajo la misma marca, por el licenciante y por el licenciario. A tal fin, será necesario acudir al examen del caso concreto, atendiendo al criterio de proporcionalidad y valorando la posibilidad real de adopción de medidas menos restrictivas de la competencia para conseguir el mismo objetivo como, por ejemplo, la fijación de estándares de calidad o la impartición de instrucciones.

Del análisis expuesto de la licencia de marca tradicional se deriva que, no cabrá apreciar una práctica de vinculación en los supuestos en los que se imponga al licenciario la obligación de adquisición de determinados elementos o componentes precisos para garantizar la identidad del producto final contrasignado, con los bienes del licenciante. Ahora bien, en sentido contrario, este planteamiento determina que estaremos en presencia de productos o servicios diferenciados en todos aquellos casos en los que se imponga la adquisición de productos o elementos no relacionados con esta finalidad, es decir, en aquellos casos en los que se excede del ámbito de los productos o servicios tradicionalmente cubiertos con la marca a otras prestaciones que ya no están vinculadas a la función económica concreta de garantizar la identidad entre todos los productos distribuidos bajo el mismo signo distintivo. Por tanto, será central en el análisis la identificación de la línea de productos o servicios del licenciante de la marca, de modo que la imposición de obligaciones cuyo objeto no esté comprendido dentro de ésta puede ser reconducida a la figura de la vinculación contractual¹⁵⁸.

¹⁵⁸ En el caso *United States v. General Motors* (121 F.2d 376 [7th Cir. 1941]) se consideró que la obligación impuesta por la empresa a sus distribuidores de utilizar exclusivamente los servicios de financiación de General Motors constituía una práctica de vinculación. En cambio, la obligación de adquirir los automóviles para

La situación examinada responde a una particular función económica del contrato de licencia de marca, que es la distribución de bienes y servicios en el mercado e implica la explotación de la marca en su función distintiva. Ahora bien, en ocasiones, las marcas pueden revestir entidad o valor propios, con independencia de los productos o servicios sobre los que se aplique. El examen de los mercados pone de manifiesto que determinadas marcas renombradas poseen fuerza atrayente o sugestiva, es decir fuerza publicitaria y poder atractivo de la clientela al margen de los productos que identifiquen¹⁵⁹. La explotación de esta función sugestiva o publicitaria de la marca ha determinado la aparición en el tráfico económico de una nueva modalidad de contrato de licencia, el conocido como *corporate merchandising* o *merchandising* sobre marcas¹⁶⁰. La característica fundamental de este contrato es que el titular de una marca renombrada autoriza la utilización de la misma para la identificación de productos o servicios diversos a aquellos para los cuales la marca fue registrada, es decir, a bienes y servicios que no son los normalmente identificados por la marca¹⁶¹.

aplicar sobre ellos la marca General Motors, no constituía una prestación diversa e independiente de la autorización de uso de la marca, de ahí que no podía ser valorada como una cláusula de vinculación sino como una obligación de aprovisionamiento en exclusiva. Vid. McCARTHY: "Trademark Franchising and Antitrust: The Trouble with Tie-Ins", *cit.* p. 1108.

¹⁵⁹ Especialmente marcas renombradas referidas a productos de lujo (alta cosmética, perfumes, moda) o a productos de amplio consumo (refrescos). Vid. sobre el valor simbólico que pueden adquirir las marcas célebres, GENNARO: "I profili concorrenziali del franchise tying: gli orientamento ammessi nell'ordinamento statunitense e nell'ordinamento comunitario", 2, *Giur. Comm.*, 2000, pp. 237 y ss.

¹⁶⁰ Sobre el contrato de *merchandising* en general, y las distintas modalidades que éste puede revestir, vid. ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, *cit.*, pp. 204 y ss.; COUTO GONÇALVES: "*Merchandising* de marcas", 20, *ADI*, 1999, pp. 95 y ss.

¹⁶¹ La admisibilidad de este tipo de contratos, que implica una excepción al principio de especialidad está vinculada al reconocimiento legal de la función de publicidad de la marca. Las funciones legalmente protegidas de la marca ya no quedan confinadas a la indicación del origen. La marca está dotada de valor en sí misma, posee fuerza atrayente o sugestiva para los consumidores con independencia de los productos a los que se aplica, de ahí que la utilización de una marca renombrada para productos o servicios diversos a los que ésta contrasena, precise autorización de su titular, autorización que se articula a través de un contrato de licencia. Pese a que el contrato de *merchandising* sobre marcas presenta determinadas peculiaridades frente a los supuestos tradicionales de licencia de marca, puede ser considerado, no obstante, una modalidad de licencia,

En estos casos, la marca posee valor en sí misma considerada, la marca en sí es objeto de tráfico jurídico y económico, lo que obliga a replantear las soluciones apuntadas, válidas sólo para las licencias de marca tradicionales, en las que la marca adquiriría su significado sólo al ser puesta en relación con determinados bienes o servicios. Así, en principio, sí cabría hablar de prácticas de vinculación en los casos, en los que en un contrato de *merchandising* sobre marcas, el licenciante imponga la adquisición de determinados bienes o productos. Es posible distinguir en estos supuestos dos productos diversos: la marca, verdadero bien deseado por el licenciario, y los componentes a los que se subordina el derecho a utilizarla. Así, por ejemplo, imaginemos que la empresa Ferrari, cuya marca posee fuerza publicitaria en sí misma considerada, celebrara un contrato por el que autorizase a una empresa a la utilización de la marca para ser aplicada en determinados productos, por ejemplo, crema de afeitado o desodorantes masculinos, que no constituyen el objeto habitual de estos signos distintivos. Si la empresa condicionara el derecho de uso de la marca a que le fueran adquiridos a ella esos desodorantes, podemos estar ante un caso de vinculación contractual. Vinculación que, no obstante, podría encontrar su justificación en la necesidad de protección del renombre o valor atractivo de la marca por parte del licenciante¹⁶².

5.3.2. *El contrato de franquicia*

La cuestión de los productos implicados adquiere una especial trascendencia en el ámbito de los contratos de franquicia. Bajo esta denominación se engloba una serie compleja de relaciones jurídicas lo que, unido a la diversidad de formas que tales acuerdos pueden adoptar –y a las

ya que en ambos supuestos el objeto del contrato reside en la autorización a un tercero para el uso de un signo que, de otra forma, estaría prohibido. La finalidad económica de ambos contratos es la explotación de un signo distintivo por persona distinta de su titular, ya sea para la aplicación a los mismos productos o servicios de éste, ya sea a productos o servicios diversos. Vid. ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca, cit.*, pp. 232-233.

¹⁶² Vid. sobre la diferente función del control por parte del licenciante, en los supuestos de licencia de marcas tradicional y en los contratos de *merchandising* sobre marcas en ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca, cit.* pp. 230-231.

distintas perspectivas de enfoque de la misma, en atención a los diversos ámbitos jurídicos de relevancia-, hacen de la franquicia una figura de difícil definición y delimitación. En un sentido amplio, puede definirse la franquicia, como “un contrato o acuerdo por el que una empresa, denominada franquiciador, cede a otra, denominada franquiciado, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de bienes y servicios¹⁶³”. Otras definiciones insisten en el contenido habitual de esta forma compleja de distribución comercial, señalando sus rasgos más relevantes como: la transmisión de marca y *know how*, la asunción independiente de riesgos, el control y la asistencia continuada del franquiciador y las relaciones de exclusiva¹⁶⁴.

¹⁶³ Esta es la definición contenida en el artículo 62 de la Ley española 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En un sentido similar, el profesor ECHEBARRÍA define el negocio de franquicia como “aquél que reúne a comerciantes jurídicamente independientes que median en el sector de bienes o servicios y que corren con el riesgo económico de sus operaciones, en un sistema económico racionalizado de empresas, en el que un empresario, el franquiciador, mediante un sistema de contratos múltiples dotados de prestaciones homogéneas, diseña y controla la comercialización de los franquiciados con terceros”. Vid. ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, 1995, p.5.

¹⁶⁴ El profesor ECHEBARRÍA (*El contrato de franquicia, cit. p.5*), define el contrato de franquicia como “aquél en el que, un comerciante jurídicamente independiente, que media en el sector de bienes o servicios y que corre con el riesgo económico de sus operaciones (franquiciado), contra el pago de un canon de franquicia y/o remuneraciones periódicas, recibe de un empresario (franquiciador), un conjunto de prestaciones orientadas a la comercialización, principalmente: una licencia de marca, rótulos, nombre comercial, enseñas, o símbolos distintivos, propiedad del franquiciador o relacionados con el mismo; un procedimiento de producción o comercialización innovador, patentado o no; acceso privilegiado a un sector del mercado o un área de responsabilidad para la venta de productos o servicios de marca; un suministro estandarizado del franquiciador o comerciantes debidamente autorizados; una asistencia continuada de contenido variado (*marketing, management, formación de los trabajadores y know-how, asistencia contable, financiera, publicitaria, informática, etc.*)”. En el *Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea*, publicado por la Comisión y disponible en ww.europa.eu.int/comm/competition/publications/#glossary, se define la franquicia como “un tipo especial de acuerdo en virtud del cual una empresa (el franquiciador) concede a otra (el franquiciado), a cambio de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho a explotar un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual (la franquicia) para producir y/o comercializar determinados tipos de mercancías o servicios. Este conjunto de derechos suele referirse a marcas o nombres registrados, logotipos, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, conocimientos técnicos o patentes. Un acuerdo de franquicia generalmente contiene obligaciones relativas a; 1) la utilización de un logotipo común y la presentación uniforme de los locales y/o medios de transporte objeto del contrato, 2) la transmisión de conocimientos técnicos del franquiciador al

Si bien la esencia del contrato de franquicia es la transmisión de un sistema de comercialización de bienes o servicios, cabe distinguir diversas modalidades de franquicia, en atención al papel del franquiciado en el proceso de producción de los bienes o servicios a los que se refiere el sistema de comercialización transmitido.

Así, una primera aproximación a las modalidades de franquicia permite distinguir entre *product franchise* y *package franchise*¹⁶⁵. El rasgo distintivo de las primeras es que el franquiciador se limita a conceder al franquiciado una exclusiva de distribución o venta de sus productos o servicios para que los comercialice en un establecimiento dotado con sus signos distintivos. En principio, en este tipo de franquicia, el franquiciador no concede una licencia de marca al franquiciado para que pueda aplicarla al producto correspondiente, sino que el franquiciado se limita a distribuir los productos ya identificados con la marca del franquiciador¹⁶⁶. En la conocida como *package franchise*, el franquiciado fabrica productos o presta servicios¹⁶⁷ bajo la marca del franquiciador, con sujeción al control o

franquiciado y 3) la prestación continuada del franquiciador al franquiciado de asistencia comercial y técnica a lo largo de la vida del acuerdo”. Vid. el concepto de franquicia recogido por BELLAMY/CHILD: *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Barcelona, 1991, p. 363.

¹⁶⁵ Esta distinción es utilizada por la FTC (*Statement of Basis and Purpose relating to Disclosure Requirements and Prohibitions concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*) quien distingue dentro de la categoría general del *Business Format Franchise*, los subtipos de *package* y *product franchise*. Vid. ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia*, cit. pp. 9 y ss.; FERNÁNDEZ NÓVOA: *Fundamentos de Derecho de Marcas*, cit. pp. 375 y ss.

¹⁶⁶ No obstante, es posible –y frecuente–, que en estas modalidades de franquicia también se incluyan licencias de autorización de uso de la marca para, por ejemplo, su utilización en campañas de promoción de ventas, como rótulo de establecimiento, etc. Vid. RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca*, cit. pp. 169.

¹⁶⁷ Consideramos que la denominada franquicia de servicio, en las que el franquiciado ofrece un servicio bajo los signos distintivos y conforme a las directrices del franquiciador, no constituye una categoría diferenciada del *package franchise*, sino una posible modalidad de éste, que puede venir referido tanto a la comercialización de un producto como a la prestación de un servicio. De hecho, en las franquicias de servicio, el franquiciado siempre lleva a cabo una actividad productiva que representa con la marca del franquiciador.

asistencia de éste¹⁶⁸. En esta modalidad de franquicia, la licencia de marca constituye un componente esencial en cuanto que el franquiciado es quién aplica la marca a los productos que él mismo fabrica o a los servicios que presta. Con independencia de la terminología que se utilice, ambas modalidades de franquicia presentan un componente mínimo común, que es la ingerencia del franquiciador en la actividad de comercialización del producto o prestación del servicio por el franquiciado¹⁶⁹. Consideramos que los principios con arreglo a los cuales determinar la naturaleza jurídica de las obligaciones que pueden formar parte de esos contratos han de ser los mismos. Ello, sin perjuicio de la mayor o menor facilidad de su aplicación en la práctica, según nos encontremos ante un tipo u otro de franquicia.

De las definiciones expuestas se deriva la consideración de la franquicia como un contrato de colaboración entre empresarios, cuyo objeto es la transmisión del derecho a usar el modelo de empresa propio del franquiciador y cuya finalidad última es la distribución de productos o la prestación de servicios en el mercado. Si bien, la estructura compleja de la franquicia impide identificarla simplemente con una licencia de marca¹⁷⁰, es

¹⁶⁸ La distinción apuntada, coincide en esencia, pese a la existencia de divergencias terminológicas, con la utilizada por la jurisprudencia estadounidense a efectos de determinar la compatibilidad de determinadas cláusulas que pueden estar presentes en estos contratos con el Derecho de la competencia. Así, en los casos *Siegel v. Chicken Delight, Inc., cit.* y *Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co., cit.*, se estableció una distinción entre franquicias de distribución (*distribution franchise*) y franquicias estilo empresarial (*business format franchise*). En las primeras los productos son fabricados por el franquiciador bajo su marca, el establecimiento del franquiciado es simplemente un canal a través del cual afluyen a los consumidores los productos portadores de la marca del franquiciador. En las segundas, el franquiciado tiene que fabricar el correspondiente producto al paso que el franquiciador le proporciona la marca y, en algunos casos, los materiales empleados en la propia fabricación del producto. La primera modalidad vendría a coincidir con las denominadas franquicias de producto, y la segunda con el *package franchise*. El tribunal utiliza la denominación de *business format franchise* que, con arreglo a la clasificación propuesta por la FTC constituye la categoría general de franquicia que abarca tanto las modalidades de *product, service* y *package franchise*, de forma restringida, haciéndola coincidir con la categoría de *package franchise*.

¹⁶⁹ Vid. ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia, cit.*, p. 12: “El elemento aglutinante a todos los tipos de franquicia se encuentra en la venta de bienes o servicios asociados a la marca del franquiciador, y en el nivel de control o asistencia significativa sobre el método operativo del franquiciado”.

¹⁷⁰ Vid. *in extenso*, sobre las diferencias entre el contrato de licencia de marca y el contrato de franquicia, ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca, cit.*, pp. 187 y ss;

innegable la importancia que, en estas relaciones contractuales adquieren tanto las marcas como otros signos distintivos del franquiciador¹⁷¹, al constituir éstos el instrumento que permite dotar de uniformidad externa a las empresas que integran la red de distribución de productos o prestación de servicios. Los consumidores y usuarios confían en que todas las empresas pertenecientes a la red van a operar conforme a idénticos parámetros de calidad¹⁷².

La imposición frecuente de restricciones a la libertad empresarial del franquiciado, como, por ejemplo, la obligación de adquisición de determinados productos o servicios exclusivamente del franquiciador o de terceros por él designados o autorizados, unido a la importancia de la autorización del uso de los signos distintivos del franquiciador en este tipo de contratos, ha suscitado tanto en los ámbitos doctrinales como judiciales, la posibilidad de identificación en estos contratos de prácticas de vinculación contractual.

Principalmente, en el ámbito estadounidense, ha sido objeto de frecuente litigiosidad la cuestión de la posible autonomía del nombre comercial o la marca del franquiciador respecto de otros bienes o servicios a cuya adquisición subordina éste la conclusión del contrato. En principio, pueden distinguirse al respecto dos fases jurisprudenciales diferenciadas¹⁷³.

RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca, cit.*, pp. 164 y ss.; FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Fundamentos de Derecho de Marcas, cit.*, pp. 373 y ss.; FRIGNANI: “Contributo a una ricerca sui profili dogmatici del franchising, con particolare riferimento all’Italia” en *Nuovi Tipi Contrattuali, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n°53, 1983, pp. 225 y ss. Sobre las diferencias y analogías entre el contrato general de licencia y la franquicia, vid. ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia, cit.*, pp. 127 y ss.

¹⁷¹ Vid. GENNARO: “I profili concorrenziali del franchise tying: gli orientamento ammessi nell’ordinamento statunitense e nell’ordinamento comunitario”, 2, *Giur. Comm.*, 2000, pp. 235 y ss.

¹⁷² Vid. GINER PARREÑO: “Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías”, 13, *RDN*, 1991, p. 2.

¹⁷³ Sobre la evolución de la jurisprudencia estadounidense respecto a las prácticas de vinculación en los contratos de franquicia, vid. PASAHOW: “Tying and the single-product issue”, *cit.*; MCCARTHY: “Trademark Franchising and Antitrust: The Trouble with Tie-Ins”, *cit.*; GENNARO: “I profili concorrenziali del franchise tying: gli orientamento ammessi nell’ordinamento statunitense e nell’ordinamento comunitario”, *cit.*; FERNÁNDEZ-NÓVOA: “La jurisprudencia norteamericana

En una primera etapa, cuyo exponente más relevante, lo constituye el caso *Siegel v. Chicken Delight, Inc.*, la cuestión de la determinación de los productos implicados y, por tanto, la presencia misma de una cláusula de vinculación se hace depender del tipo de franquicia de que se trate. Así, la jurisprudencia estadounidense sentó reglas distintas para los casos de franquicias de distribución y para las franquicias estilo empresarial¹⁷⁴.

La distinción –muy discutible– entre estos dos tipos de modalidades de franquicia a efectos de aplicación de la normativa en materia de libre competencia, se apoyó en la atribución de una función diversa a las marcas en cada uno de ellos. En las primeras, la franquicia constituye simplemente un vehículo o conducto que utiliza el franquiciador para la distribución final del producto. El franquiciado se limitaría a vender determinados productos fabricados o seleccionados por el franquiciador, en un establecimiento dotado con los signos distintivos de éste. En estos casos, no cabe considerar que la marca tenga un valor independiente o una identidad diferenciada de los productos sobre los que se aplica. La marca simplemente representa o identifica el producto final puesto en el mercado a través de este sistema de cooperación interempresarial. Así, en el caso *Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream*¹⁷⁵ el Tribunal del Noveno Circuito consideró que la marca Baskin-Robbins no constituía un producto diverso del helado vendido bajo la misma. La marca era simplemente un instrumento de identificación del producto. En el mismo sentido, en el caso *Power Test Petroleum Distrib., Inc. v. Calw Gas, Inc.*¹⁷⁶, el Tribunal del Segundo Circuito concluyó que la gasolina y la marca bajo la que el franquiciador la distribuía constituían un único producto. Esta solución también fue adoptada en el caso *California Glazed Products, Inc. v. Burns & Rusell*¹⁷⁷.

propugna una nueva concepción del franchising”, 7, *ADI*, 1981, pp. 495 y ss.; *Fundamentos de Derecho de Marcas*, cit., pp. 362 y ss.; GINER PARREÑO: “Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías”, cit.

¹⁷⁴ Vid. *supra*, nota 167.

¹⁷⁵ 664 F.2d 1348 (9th Cir. 1982).

¹⁷⁶ 754 F.2d 91 (2d Cir. 1985).

¹⁷⁷ 708 F.2d 1423 (9th Cir., *cert. denied*, 104 S.C 348 [1983]).

Los tribunales consideraron que los casos en los que el objeto de la franquicia es la prestación de un determinado servicio o la dirección de una empresa bajo el nombre comercial del franquiciador, merecían soluciones diversas. En el caso *Siegel v. Chicken Delight, Inc*, relativo a un sistema de franquicia de comida rápida, los franquiciados denunciaron la existencia de un acuerdo vinculado, en el que la prestación principal vendría constituida por la licencia de marca y el producto vinculado por el equipo de cocina, la mezcla de comida y los productos de papel a cuya adquisición exclusiva al franquiciador se condicionaba la realización del contrato. En la resolución del caso, el Tribunal del Noveno Circuito se aferra a uno de los elementos integrantes del contrato de franquicia, la transmisión de marcas, enseñas o nombres comerciales, confiriéndose a la licencia de marca un papel fundamental, hasta el punto de llegar a identificarla con el auténtico objeto del contrato. El Tribunal defiende que la marca en las franquicias de estilo empresarial no desempeña la misma función que en las franquicias de distribución. En estas últimas, la marca representa el producto final que llega a manos de los consumidores. La imagen de calidad del producto está tan ligada a ojos de los consumidores con la marca que lo simboliza que, en rigor, no es posible considerarlos como bienes diversos.

En cambio, en el caso de las franquicias modelo empresarial, el Tribunal defiende la existencia de una remota vinculación entre la marca y los ingredientes que el franquiciador proporciona a los franquiciados. La marca refleja la calidad y el *goodwill* de la empresa, titular de la misma. El público de los consumidores atiende sólo al producto final y no tiene razón alguna para asociar la marca con los ingredientes usados en la fabricación de éste. La falta de relación justifica la consideración de la marca como un producto independiente y dotado de autonomía¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Vid. *Siegel v. Chicken Delight, Inc., cit.*, párrafos 5 y ss. “La concepción histórica de la marca como un signo que representa el origen de los productos que identifica ha sido abandonada hace tiempo. El creciente método empresarial de la franquicia ha convertido a la licencia de marca en una práctica comercial muy frecuente y ha potenciado la función de la marca que se fundamenta en indicar la calidad de los productos. Este hecho se muestra particularmente relevante en aquellos tipos de franquicia que se establecen no para distribuir los productos portadores de la marca del franquiciador sino, como en este caso, para dirigir una empresa bajo sus signos distintivos. En esta clase de franquicia la marca refleja simplemente el

La argumentación realizada en el caso *Siegel* ha sido objeto de numerosas críticas, fundamentalmente desde dos perspectivas. En primer lugar, se apoya en una visión parcial del contrato de franquicia, que no tiene en cuenta que en el mismo la licencia de marca sólo constituye una de las múltiples relaciones jurídicas que lo integran. El objeto del contrato no es sólo la autorización para la utilización del signo distintivo del franquiciador en abstracto, sino que lo que se pretende es la autorización para aplicarlo a una determinada modalidad de gestión de una empresa. Los consumidores asocian la marca del franquiciador con unos determinados estándares de calidad del servicio que se presta o del producto que se fabrica en régimen de franquicia. En segundo lugar, el tribunal no explica adecuadamente el uso y funciones de la marca en tales sistemas, desdeñando la función de la marca indicadora de la procedencia empresarial¹⁷⁹.

En una segunda fase, inaugurada por el caso *Principe v. Mc.Donald's Corp.*¹⁸⁰, el contrato de franquicia va a ser examinado ya desde una perspectiva más amplia. Se va a superar la visión que constriñe la franquicia a un mero contrato de licencia de marca, para atender a todo el entramado de relaciones que se produce entre las partes intervinientes en un acuerdo de franquicia así como a la integración del franquiciado en el

goodwill y los estándares de calidad de la empresa del titular de la marca. En la medida en que la actividad empresarial de los franquiciados se ajusta a estos criterios de calidad y se identifica con la marca del franquiciador, ni la protección conferida a la marca por la ley ni el valor de la misma para los franquiciados depende del origen de los distintos componentes usados en el sistema de franquicia. Siendo esto así, resulta claro que el *goodwill* de la marca Chicken Delight no se basa en la variedad de prestaciones separadas usadas en el curso de la actividad empresarial o en la preparación del producto final... El público de los consumidores atiende al sistema y al producto final con la confianza que ha creado el *goodwill*", (...) "El intento de extender por medio de un contrato vinculado la protección que confiere la marca a productos comunes que el público de los consumidores no tiene razón alguna para relacionarlos con la marca, simplemente porque se crea que son esenciales para la fabricación del producto que identifica la misma, no puede escapar del escrutinio de la normativa antimonopolio (...)"

¹⁷⁹ Vid. GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia*, cit. pp. 97-98. *In extenso*, sobre la función indicadora del origen empresarial de la marca en los sistemas de franquicia, GINER PARREÑO: "Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías", cit.

¹⁸⁰ 631 F.2d 303 (4th Cir. 1980), *cert. denied*, 451 U.S. 970 (1981).

sistema empresarial ideado por el franquiciador. En concreto, se rectificó la postura indicada por considerarla demasiado restrictiva, ya que el franquiciador no se limita a otorgar una licencia sobre sus signos distintivos al franquiciado, sino que realmente le ofrece un método completo de explotar una empresa en el que se comprenden además obligaciones tales como la formación del personal del franquiciado, la previa investigación de mercados por el franquiciador, la asistencia técnica o comercial, el ejercicio de un fuerte control por el franquiciador¹⁸¹ y, en definitiva, la integración del franquiciado en la red del franquiciador.

En el caso *Principe v. Mc.Donald's Corp.* se planteó al tribunal la cuestión de si una empresa franquiciadora de un negocio de comida rápida que requiere a sus licenciarios que las franquicias sean operadas en establecimientos alquilados al franquiciador y un certificado de depósito dinerario es culpable de la realización de un contrato de vinculación ilegal con arreglo a la sección 1 de la *Sherman Act*. El Tribunal del Cuarto Circuito sostuvo que no podía considerarse que la licencia de uso de los signos distintivos de McDonald's constituyera un producto independiente, sino que junto a la obligación de arrendamiento y de depósito formaba parte integrante del paquete ofrecido a los franquiciados. El Tribunal recalcó que el objeto del contrato no se limitaba a la mera autorización al franquiciado para comercializar productos bajo la marca del franquiciador, sino que consistía en el ofrecimiento de un sistema completo de desarrollo de una actividad empresarial¹⁸². Esta nueva concepción del contrato de franquicia,

¹⁸¹ Control que, a diferencia de lo que ocurre en las licencias de marca tradicionales, no se limita sólo a la calidad del producto ofrecido en el mercado sino que se extiende a la comercialización del mismo. Vid. ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia*, cit. p. 129.

¹⁸² Vid. *Principe v. Mc.Donald's Corp.*, "(...) El franquiciador selecciona a personas de todos los segmentos sociales, las envía a sus escuelas de formación y les enseña desde hacer una hamburguesa hasta la planificación financiera de su establecimiento. El franquiciador instala a los franquiciados en locales cuya ubicación es previamente analizada en función de la maximización de los beneficios en cada zona geográfica; inspecciona cada aspecto del establecimiento varias veces al año y consulta con los franquiciados todos los inconvenientes y ventajas que encuentra en el desenvolvimiento de su actividad en el mercado. No se deja prácticamente espacio a la improvisación porque el franquiciador controla hasta la cantidad de *catsup* que lleva una hamburguesa. Los franquiciados se benefician también de esta labor de supervisión que desarrolla el franquiciador en la medida en que se integran en una red cuya característica fundamental es la uniformidad

determinó a su vez, el establecimiento de un nuevo criterio de determinación de los productos o prestaciones implicadas, a efectos de apreciar la existencia de una práctica de vinculación. El análisis no debe estar dirigido a determinar si los productos presuntamente vinculados son asociados por el público con la marca del franquiciador, sino si son partes integrantes del método empresarial objeto de franquicia. En el caso concreto, se consideró que sí lo eran, y por tanto, que existía un único producto, lo que descartaba la existencia de un contrato vinculado¹⁸³.

Esta línea de razonamiento va a ser defendida –y perfeccionada–, en pronunciamientos judiciales ulteriores. En el caso *Casey v. Diet Center, Inc.*¹⁸⁴, el Tribunal consideró que la obligación de adquisición de tabletas dietéticas consistía un elemento esencial de la fórmula empresarial franquiciada cuyo objeto consistía en un programa de reducción de peso, por lo que no cabía considerarla como un producto independiente vinculado a la concesión de la franquicia. En el caso *Will v. Comprehensive Accounting Corp.*¹⁸⁵, el juez EASTERBROOK utiliza para determinar las prestaciones implicadas en un acuerdo de franquicia el criterio de la existencia de mercados diferenciados articulado por el Tribunal Supremo en el caso *Jefferson Parish v. Hyde* y concluye que “los acuerdos vinculados implican productos que pueden ser vendidos en mercados separados. Sin embargo, una forma de desarrollar una actividad empresarial –la franquicia– no se puede comercializar de forma separada a los diferentes productos que integran el sistema”.

en la presentación externa de los establecimientos que, a su vez, atrae a los consumidores. Así, pues los franquiciados no pagan tan sólo por el derecho de uso de la marca sino también para pertenecer a un sistema cuyos métodos de operación en el tráfico económico les garantiza un éxito futuro. En consecuencia, resulta poco realista, concebir a la franquicia como poco más que una licencia de marca (...).”

¹⁸³ Vid. un comentario del caso en FERNÁNDEZ-NÓVOA: “La jurisprudencia norteamericana propugna una nueva concepción del franchising”, *cit.*, pp. 495 y ss.

¹⁸⁴ 590 F.Supp. 1561 (N.D.Cal. 1984).

¹⁸⁵ 776 F.2d 665 (7th Cir. 1985).

La exposición de la evolución de la jurisprudencia estadounidense en la valoración de los contratos de franquicia, constituye un punto de partida de enorme utilidad a efectos de determinación de los parámetros de identificación de la existencia de eventuales cláusulas de vinculación en el seno de los mismos. La postura adoptada en una primera fase jurisprudencial –que se centra básicamente en la reconducción del objeto del contrato de franquicia a poco más que la autorización para el uso de los signos distintivos del franquiciador- ha de ser desechada, en cuanto ofrece una visión parcial del contrato, cuya aplicabilidad estricta llevaría a la consideración de todos los contratos de franquicia como un contrato vinculado, al posibilitar la caracterización de cualquier obligación impuesta al franquiciado como una obligación suplementaria que trasciende el objeto principal del contrato.

La solución adoptada en una segunda fase, que valora ya la franquicia desde una perspectiva más realista y atiende al verdadero objeto de estos contratos, que no se limitaría simplemente a la autorización para el empleo de signos distintivos, sino para la reproducción y uso del modelo de empresa del franquiciador, nos acerca ya a la posibilidad de individualización de criterios más coherentes de determinación de la naturaleza jurídica de las obligaciones asumidas por las partes. Ahora bien, esta solución constituye sólo un punto de partida, que no agota las cuestiones interpretativas y valorativas que necesariamente han de plantearse a fin de identificar la existencia de una práctica de vinculación en el seno del contrato.

Si consideramos que el objeto principal del contrato es la transmisión de un modelo empresarial, en principio, todo aquello que esté comprendido o pueda considerarse un elemento esencial de ese modelo de empresa, no puede ser considerado un producto o prestación vinculada, sino un mero componente del “paquete” o modelo (único producto). Por el contrario, lo que exceda de esa fórmula, puede considerarse una prestación diversa y,

por tanto, su inclusión en el contrato de franquicia, una práctica de vinculación¹⁸⁶.

Esta solución si bien coherente desde un punto de vista abstracto-teórico, resulta incompleta y poco operativa en un intento de aplicarla en la práctica, ya que de la misma no se deducen los criterios para determinar cuáles son los productos que integran el sistema y cuáles no resultan incluidos en el mismo. Por tanto, la cuestión que ahora compete evaluar es la determinación de los criterios que deben ser utilizados para delimitar la pertenencia de un producto al sistema empresarial del franquiciador.

La posibilidad de establecer una regla clara y de validez general se ve enormemente dificultada por la enorme diversidad de los modelos de empresa que pueden ser objeto de un contrato de franquicia y habrá de consistir en un parámetro general, cuya concreción necesariamente deberá llevarse a cabo atendiendo a las particularidades y rasgos específicos del caso concreto.

En la búsqueda de una solución objetiva, que no deje la resolución de la cuestión al arbitrio de las partes intervinientes en un acuerdo de franquicia, consideramos que el análisis ha de centrarse necesariamente en la identificación de la concreta actividad económica a la que se refiere la franquicia, es decir de los servicios o productos sobre los que ésta recae. La imposición de obligaciones directamente relacionadas con esa actividad ha de presumirse un elemento integral de la fórmula empresarial objeto del contrato, mientras que la presunción no sería operativa en el supuesto de obligaciones en las que no exista esa relación directa.

En el primer caso, la obligación debería ser conceptualmente delimitada como una obligación de compra exclusiva. Obligación que pasaría a formar parte del entramado de relaciones jurídicas que integran el objeto complejo de la franquicia y cuya compatibilidad con la competencia debe, no obstante, ser objeto de valoración.

¹⁸⁶ Vid., en este sentido, GRIMES: "Antitrust tie-in analysis after Kodak: understanding the role of market imperfections", 62, ALJ, 1993-1994, pp. 280-281.

Si de la prestación u obligación impuesta al franquiciado no se deduce, en principio, una vinculación o relación directa con la actividad económica desempeñada en régimen de franquicia, su inclusión en el contrato puede articularse como una práctica de vinculación, lo que no determina, en ningún caso, su incompatibilidad con la normativa tuitiva de la libre competencia en los mercados, sino que ésta deberá ser ponderada en atención a los efectos reales de la conducta en el mercado así como a la presencia de eventuales causas de justificación de la misma.

En conclusión, la caracterización como obligación de compra exclusiva o práctica de vinculación obedece más a un ejercicio de rigor conceptual, que a un juicio sobre los efectos competitivos de la cláusula. Tanto en uno como en otro supuesto, se hace preciso el examen de los posibles efectos pro y anticompetitivos de la obligación. Quizás, la consecuencia más relevante de la inclusión en una u otra categoría se proyecte sobre la mayor o menor facilidad de justificación de la conducta. En el primer caso, la relación directa de la obligación con la línea empresarial puede facilitar la prueba de su necesidad a fin de garantizar, tanto la explotación técnicamente correcta de la tecnología cedida, como la protección de las funciones de la marca y de la unidad de la red de franquicias.

III. VINCULACIÓN O CONDICIONAMIENTO

A) LA COERCIÓN COMO ELEMENTO DE UNA PRÁCTICA DE VINCULACIÓN

Una vez establecida la existencia de dos productos diferenciados, la segunda cuestión que es necesario resolver para determinar si estamos o no ante un contrato vinculado es si la venta del producto principal ha sido

efectivamente condicionada o subordinada a la adquisición de un segundo producto.

En principio, es perfectamente legítimo que una misma empresa ofrezca en el mercado diversos bienes o servicios, así, por ejemplo, una empresa puede vender máquinas impresoras y cartuchos de tinta o *toner*, o zapatos y betún para calzados. Los consumidores pueden, por tanto, decidir la adquisición o compra conjunta de ambos bienes. Ahora bien, para que una transacción comercial en la que se adquieran estos distintos productos pueda ser caracterizada como una práctica de vinculación es necesario que el vendedor imponga, como condición de la venta de uno de ellos, la adquisición necesaria del otro¹⁸⁷. El elemento definitorio de los contratos vinculados radica en la idea de unión forzosa o atadura entre los bienes impuesta por el vendedor. La adquisición del producto vinculado debe constituir un requisito necesario para la adquisición del producto principal¹⁸⁸.

La interpretación de la prueba y alcance de este requisito no es pacífica y en su conformación es posible apreciar, principalmente en el ámbito estadounidense, la introducción de un elemento coercitivo, que ha suscitado posturas muy diversas e, incluso, contradictorias.

En la evolución de la política *antitrust* frente a los contratos vinculados se observa que el requisito de “condicionamiento” ha ido variando su enfoque, hasta llegar a exigir una especial situación anímica del comprador o arrendatario frente a la transacción propuesta por el vendedor o arrendador. Así, tanto los tribunales inferiores, como el propio Tribunal Supremo, si bien con ciertos titubeos, han venido exigiendo para considerar satisfecho este requisito la prueba de cierto grado de coerción o

¹⁸⁷ Ya GARRIGUES (*La defensa de la competencia mercantil*, 1964, p. 84) caracteriza estas prácticas comerciales como “contratos que *atan o enganchan* un producto que no es el que se quería al producto que sí se quería”.

¹⁸⁸ Las denominaciones que la práctica objeto de examen recibe en los distintos sistemas jurídicos resaltan significativamente esa idea de unión o atadura entre los productos como elemento esencial de la figura: *contratos vinculados, encadenados o acoplados, kopplungsverträge, prestations jumelées ou liées, contrats couplés, tying arrangements, contratto legante, prestazioni abbinare o gemellate*.

coacción. Se hace necesario indagar si el comprador ha adquirido ese bien “involuntariamente” o coaccionado. Si de no existir esa práctica, el comprador hubiera adquirido igualmente el producto o servicio, entonces no cabría hablar de vinculación.

La concreción de este elemento coercitivo tampoco es uniforme¹⁸⁹. En algunos casos, se ha llevado a cabo una identificación entre coerción y poder de mercado. En atención a este razonamiento se considera que un vendedor que carezca de poder en el mercado del producto principal no puede “coaccionar” o “forzar” a un comprador a la adquisición de un segundo producto no deseado ya que éste, de no querer el producto, siempre puede recurrir a fuentes alternativas de suministro del producto principal. Con arreglo a esta línea de argumentación, el poder económico en el mercado del producto principal opera como una presunción de la actitud del comprador frente a la transacción ofertada por el vendedor. Éste sólo podrá imponer la vinculación si la necesidad o deseo del comprador respecto al bien principal es de tal entidad que está dispuesto a aceptar determinadas condiciones onerosas, entre ellas, por ejemplo, la adquisición de un segundo producto, menos deseable. La existencia de vinculación se hace depender de que el vendedor posea suficiente poder económico y haga uso del mismo, obligando a los cónyuges a adquirir un paquete de productos. Si este poder falta, cabe presumir, que la adquisición conjunta de los diversos bienes, de producirse, constituye una opción voluntaria del comprador¹⁹⁰.

Esta orientación fue defendida por el Tribunal Supremo estadounidense en *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*¹⁹¹. La ilegalidad de un

¹⁸⁹ Sobre las distintas acepciones atribuidas al término coerción en la valoración de los contratos vinculados, vid. HOVENKAMP: *Antitrust, cit.*, pp. 159 y ss.

¹⁹⁰ En este sentido, vid. BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements: A Legal and Economic Analysis”, 33, *Vand. Law Journal*, 1980, p.332.

¹⁹¹ 446 U.S. 2 (1984). Vid., para una interpretación doctrinal del caso: KRAMER: “The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History”, 69, *Minnesota Law Review*, 1985, pp. 1049 y ss.; SLAWSON: “A new concept of competition: Re-analyzing tie-in doctrine after Hyde”, 30, *Ant. Bull.*, 1985, pp. 257 y ss. El autor denuncia la ambigüedad consciente del Tribunal Supremo en la conformación de este requisito de coerción o *forcing*.

contrato vinculado se hace depender de la existencia de coerción (*forcing*), de que el comprador se haya visto obligado a aceptar un producto que, “en condiciones competitivas no hubiera adquirido”. Esta idea de imposición contra la voluntad del comprador de la venta condicionada informa todo el razonamiento del Tribunal, haciéndose hincapié en el hecho de que el producto vinculado es un producto no querido o no deseado, que el comprador de no mediar la vinculación no hubiera adquirido en absoluto o hubiera preferido adquirir de otras fuentes con otras condiciones¹⁹². Siguiendo esta línea de argumentación, el Tribunal, a continuación, afirma que la presencia de imposición o coacción puede deducirse en los casos en los que la empresa ostente una especial posición de poder en el mercado del producto principal¹⁹³. En el caso concreto se rechaza la existencia de una práctica de vinculación al no deducirse de los hechos la presencia de ese poder de mercado, lo que permite presumir que la adquisición por parte de los consumidores de los servicios vinculados (servicios de anestesia) no ha sido forzada o coaccionada, sino voluntaria. Los consumidores podían haber acudido a otras fuentes de suministro del producto principal (servicios quirúrgicos).

Con independencia de la adecuación o no de exigir un elemento coercitivo en la estructuración de los elementos esenciales de una práctica de vinculación, esta identificación entre coerción y poder de mercado es incorrecta, ya que no cabe deducir necesariamente que un vendedor por el mero hecho de tener poder de mercado haya coaccionado a un comprador a la adquisición de un producto no deseado. Así, por ejemplo, una empresa en posición dominante puede articular muy diversas tácticas de vinculación de productos. Una posibilidad sería el recurso a la oferta de un paquete, integrado por un producto altamente demandado por los consumidores y un segundo bien, menos deseado pero que es ofrecido gratuitamente. Ambos productos han de ser adquiridos conjuntamente, el comprador no puede obtener el producto principal sin adquirir a su vez el producto

¹⁹² Vid., párrafos 24, 25, 26 y 27.

¹⁹³ “La cuestión que es necesario resolver es si el acuerdo implica la utilización del poder de mercado para forzar a los clientes a la adquisición de un servicio que, de otra forma, no hubieran adquirido”.

vinculado. La empresa posee poder de mercado. Ahora bien, resulta cuestionable que pueda considerarse que el comprador se ha visto forzado contra su voluntad a la adquisición de un producto no deseado. El poder de mercado determina que un vendedor posee la capacidad de coaccionar a un comprador sobre la adquisición de un producto no deseado, pero no se deduce necesariamente del mismo que la empresa está efectivamente celebrando una transacción contra la voluntad del comprador¹⁹⁴.

La manifestación más extrema de esta distinción entre vinculación voluntaria y vinculación coaccionada la encontramos en el surgimiento, durante la década de los sesenta, en el ámbito de los tribunales inferiores estadounidenses, de la doctrina de la “coerción individual” (*individual coercion doctrine*) con arreglo a la cual el demandante debe probar, para que quepa apreciar la existencia de una práctica de vinculación, que se ha visto obligado “contra su voluntad” a adquirir el bien vinculado¹⁹⁵. El juez KAUFMAN afirmó con carácter general que, “no puede existir una práctica de vinculación a menos que esté presente una actitud coercitiva ilegal por parte del vendedor que influya en la capacidad de elección del comprador”¹⁹⁶, coerción que deberá ser probada de forma directa por este último.

Este elemento coercitivo no aparece expresamente contemplado en la normativa reguladora de los contratos vinculados. La sección 3 de la *Clayton Act* declara la ilegalidad de las prácticas consistentes en “... arrendar o hacer una venta o contrato (...) sujeta a la condición, convenio o inteligencia de que el arrendatario o comprador no use o trafique en los bienes (...) del competidor o competidores del arrendador o vendedor”.

¹⁹⁴ Vid. HOVENKAMP: *Antitrust, cit.*, p. 160; SLAWSON: “Excluding competition without monopoly power: the use of tying arrangements to exploit market failures”, 36, *Ant.Bull.*, 1992, pp. 478 y ss.

¹⁹⁵ Vid. AUSTIN: “The Individual Coercion Doctrine in Antitrust Analysis: Confusing and Irrelevant”, 65, *California Law Review*, 1977, pp.1143 y ss.; BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements...”, *cit.*, pp. 283 y ss.; BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: cutting the Gordian knot”, 66, *Vanderbilt Law Review*, 1980, pp. 1268 y ss.

¹⁹⁶ *American Mfrs. Mut. Ins. Co. v. A.B.C. Paramount Theatres*, 446 F.2d 1131, 1137 (2d Cir. 1971).

Tampoco se deduce del concepto de vinculación establecido por el Tribunal Supremo en *Northern Pacific Railway Co. v. United States*¹⁹⁷, que se limita a afirmar que existe un contrato vinculado “siempre que un vendedor condiciona la venta de un producto a la adquisición de un segundo”. La distinción entre vinculación “voluntaria” y “coaccionada” no está siquiera presente en las primeras sentencias de aplicación de la prohibición de la vinculación contractual, en las que la determinación de la existencia de la práctica prohibida se centra en la valoración de la conducta del vendedor, es decir, si de los hechos cabe deducir que la intención de éste ha sido la celebración de una venta sujeta a condición, no exigiéndose una actitud especial del comprador frente a la transacción propuesta¹⁹⁸.

Por lo que se refiere al ámbito europeo, el artículo 81 y 82 del Tratado se limitan a prohibir la práctica consistente en la subordinación de la conclusión de los contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias. De las interpretaciones realizadas tanto por el ejecutivo comunitario como por los tribunales de justicia no se deduce la necesidad, para apreciar la existencia de una práctica de vinculación, de una imposición de la obligación de adquisición de bienes o prestaciones complementarias “contra la voluntad del adquirente”. La Comisión, en la reciente decisión en el caso *Microsoft*¹⁹⁹ ha intentado clarificar el alcance del requisito de condicionamiento y, así, en una interpretación ceñida exclusivamente a la valoración de la conducta del vendedor, afirma que existe una práctica de vinculación “si la empresa no otorga a los consumidores una opción de adquisición del producto principal sin el producto vinculado”.

¿Qué circunstancias o factores han determinado que la actitud del comprador haya pasado a formar parte de un análisis, en principio, orientado exclusivamente a valorar la conducta del vendedor? ¿Por qué el

¹⁹⁷ 356 U.S. 1(1958).

¹⁹⁸ Vid. *ad.ex.*: *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947); *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953); *United States v. Jerold Electronics Corp.* 365 U.S. 567 (1961).

¹⁹⁹ Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, *cit.* párrafos 826 y ss.

requisito de condicionamiento ha sido identificado con la necesidad de que exista imposición o coerción?

La especial relevancia que la coerción adquiere en el ámbito estadounidense no es casual. Como tuvimos ocasión de señalar al examinar el requisito de la existencia de dos productos diferenciados, la sujeción de los contratos vinculados a una regla de prohibición *per se* ha motivado el surgimiento de una serie de equilibrios judiciales tendentes a atemperar o eludir el rigor de la prohibición. Equilibrios que, en numerosas ocasiones, han contribuido a oscurecer la política antimonopolio frente a estas conductas. El principal problema que el análisis del sistema estadounidense pone de manifiesto es la confusión existente entre elementos estructurales o configuradores de la conducta prohibida y elementos de responsabilidad o ilicitud. Así, la defensa de la necesidad de apreciar un elemento de coerción para que quepa hablar de práctica de vinculación se apoya generalmente, en la consideración de que éstas sólo pueden ser restrictivas de la competencia si efectivamente el comprador ha sido *forzado*, en el sentido de que se ha visto obligado sin quererlo a adquirir un producto que de no mediar la práctica de vinculación “con toda seguridad” no habría adquirido. Una valoración relevante, por tanto, para apreciar la ilicitud o no de una conducta ha sido utilizada o defendida como requisito de existencia de la propia conducta, pasando a formar parte de la fase de delimitación del tipo.

El surgimiento de la doctrina de la coerción individual puede reconducirse a factores más específicos. En EE.UU. se establece un doble mecanismo de control de las prácticas restrictivas de la competencia, ya que junto a la competencia del poder ejecutivo, tanto federal (Comisión Federal de Comercio y División Antitrust del Ministerio de Justicia) como estatal (Fiscales Generales Estatales²⁰⁰) para perseguir conductas potencialmente ilícitas, se reconoce la posibilidad de ejercicio de acciones privadas. Así, la sección 4 de la *Clayton Act* recoge el derecho de cualquier persona que se haya visto lesionada en su empresa o propiedades por una violación de la *Sherman Act* o de la *Clayton Act* a demandar para la

²⁰⁰ Vid. *Clayton Act*, secciones 4C a 4H.

obtención del triple de los daños sufridos (*treble damages*)²⁰¹. Esta acción puede ser ejercitada con independencia de que el gobierno haya decidido a su vez la persecución de la conducta presuntamente anticompetitiva²⁰². Cabe también la posibilidad de que los distintos sujetos afectados recurran al ejercicio de acciones colectivas. La doctrina de la coerción individual se origina y configura precisamente en la resolución de determinadas acciones colectivas entabladas en el marco de contratos de franquicia. En el caso *Ungar v. Dunkin' Donuts of America, Inc.*²⁰³ el Tribunal del Tercer Circuito, frente a las alegaciones de diversos franquiciados de que la empresa franquiciadora, Dunkin' Donuts, había efectuado una práctica de vinculación tácita, defendió la necesidad, a fin de satisfacer la prueba de la existencia de un contrato vinculado, de que cada uno de los demandantes probara que se había visto individualmente coaccionado o forzado a la adquisición del bien vinculado. La actitud del comprador frente a la oferta del vendedor adquiere así importancia como elemento definidor de la práctica de vinculación. Decisiones posteriores en las que se acoge esta doctrina revelan la existencia de una confusión sobre la trascendencia que la presencia de un elemento coercitivo puede desempeñar en el ejercicio de acciones privadas frente a presuntas prácticas de vinculación anticompetitivas²⁰⁴. El temor que late en estas decisiones es que una persona que ha aceptado voluntariamente una oferta, al percibirla como un acuerdo o negocio favorable, pueda posteriormente beneficiarse, obteniendo una indemnización cuantiosa, al amparo de la sección 4 de la *Clayton Act* que le otorga el derecho a reclamar una cantidad equivalente al triple de

²⁰¹ “Toda persona que resulte perjudicada en su negocio o bienes a causa de algo prohibido en las Leyes antitrust, puede demandar por ello ante cualquier Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, en el Distrito en que resida el acusado o se le encuentre, sin consideración a la cuantía de la controversia o pleito, y recibirá el triple de los daños sufridos por él, y las costas del proceso incluyendo una minuta razonable de abogado”.

²⁰² Vid. FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust, cit.*, supp. 1995, pp. 81 y ss.; FIRST: “Antitrust Law” en AA.VV.: *Fundamentals of American Law*, ed. MORRISON, Nueva York, 1999, pp. 427 y ss.

²⁰³ 531 F.2d 1211 (3rd Cir.), *cert. denied*, 429 U.S. 823 (1976).

²⁰⁴ Vid. *ad.ex.*, *Carolina Inc. v. Lexaco Response, Inc.*, 537 F.2d 1307 (5th Cir 1976); *Cities Service Oil Co. v. Coleman Oil Co.*, 470 F.2d 925 (1st Cir 1972); *Schuler v. Better Equip. Launder Center, Inc.*, 74 F.R.D. 85 (D.Mass. 1977).

los daños sufridos. Los jueces, reacios a garantizar una posibilidad de indemnización a sujetos que, en realidad, se hayan visto favorecidos por el acuerdo, inquieren en la actitud del demandante para rechazar la existencia misma de una práctica de vinculación. Este razonamiento es erróneo y en él se entremezclan cuestiones distintas; por una parte, la comisión de una determinada conducta por parte de la empresa demandada y, por otra, la determinación de si ésta se han derivado daños para el demandante²⁰⁵. La presencia o no de un elemento coercitivo es relevante, no para probar la presencia de una práctica de vinculación, sino, en su caso, para demostrar la existencia de daños. Así, si la práctica ha sido realmente beneficiosa para el demandante éste será incapaz de probar la existencia de daños, como ocurre, por ejemplo, en las ventas condicionadas articuladas a través del ofrecimiento de descuentos u otras condiciones económicas ventajosas²⁰⁶.

La determinación del papel exacto que la coerción ha de jugar en el examen de la competitividad de una práctica de vinculación obliga necesariamente a estructurar la cuestión en dos preguntas diversas. ¿Es la existencia de coerción un elemento imprescindible para apreciar la existencia de un contrato vinculado? ¿Es necesario que el comprador haya sido coaccionado para que puedan producirse efectos anticompetitivos?

Obviamente, la respuesta que se dé a una de estas cuestiones puede determinar la solución de la otra. Así, si la coerción, entendida en el sentido de resistencia de la voluntad del comprador frente a la transacción ofertada por el vendedor determina, *necesariamente*, la anticompetitividad de la práctica, ésta habría de pasar a formar parte de los elementos configuradores de la figura. Estando el Derecho de la competencia orientado a la prevención de conductas anticompetitivas, el objeto de la prohibición vendría limitado a las prácticas de vinculación “coaccionadas”. La vinculación voluntaria quedaría fuera del ámbito de aplicación de la norma,

²⁰⁵ Vid. AREEDA: “Antitrust Violations Without Damage Recoveries”, 89 *Harv.L.Rev.* 1976, pp. 1127 y ss.

²⁰⁶ Vid. AUSTIN: “The Individual Coercion Doctrine...”, *cit.*, pp. 1152 y ss.; SLAWSON: “A stronger, simpler tie-in doctrine”, 25, *Ant. Bull.*, 1980, pp. 683; IDEM: “Excluding competition without monopoly power...”, *cit.*, pp. 457 y ss.; HOVENKAMP: *Antitrust*, *cit.*, p. 161.

al considerarse, siempre y en todo caso, una práctica neutral desde el punto de vista competitivo.

Esta afirmación ha de ser rechazada. Sin perjuicio de que, en los capítulos siguientes tengamos ocasión de examinar los principales riesgos que para la competencia presentan los contratos vinculados y los requisitos precisos para que éstos se concreten, sí podemos anticipar una serie de reflexiones de carácter general que nos permiten descartar que la anticompetitividad de la vinculación contractual esté supeditada a una determinada actitud del comprador frente a la misma.

En primer lugar, la propia finalidad del Derecho de la libre competencia es el control de conductas empresariales susceptibles de afectar a la estructura o al funcionamiento de los mercados. En la conformación de la política *antitrust* se observa que la naturaleza no coercitiva de una práctica empresarial no determina su legalidad²⁰⁷. Lo contrario llevaría a afirmar que determinadas conductas en las que es posible prever una recepción favorable por sus destinatarios como, por ejemplo, los precios predatorios, habrían de ser excluidas del campo de control del Derecho de la competencia. Este razonamiento permitiría deducir a su vez, la legalidad de los contratos verticales, por ejemplo, de un acuerdo de suministro en exclusiva, en los que la parte destinataria haya entrado voluntariamente. Tanto en el Derecho estadounidense como en el comunitario europeo se afirma que la aquiescencia o la adhesión voluntaria del sujeto destinatario de una determinada práctica empresarial no condiciona la legalidad de la misma, ya que los efectos anticompetitivos pueden producirse al margen de esta actitud favorable del receptor²⁰⁸.

²⁰⁷ Vid. SLAWSON: "Excluding competition without monopoly power", *cit.*, pp. 457 y ss. ; IDEM: "A stronger, simpler tie-in doctrine", *cit.*, pp. 677 y ss. ; IDEM: "A new concept of competition...", *cit.*, pp. 270 y ss.

²⁰⁸ Vid. *Albrecht v. The Herald Co.*, 390 U.S. 145, (1968); El Tribunal de Justicia europeo recalcó expresamente, en el caso *Hoffman-La Roche & Co. AG v. Comisión* (Asunto 85/76, de 13 febrero de 1979) que el hecho de que la adopción de un contrato de suministro en exclusiva, instrumentado, entre otras medidas, a través de un sistema de descuentos de fidelidad, se hubiera realizado a instancias de los adquirentes, no obstaba a su consideración como un ilícito competitivo.

Esta afirmación, predicable de las conductas restrictivas en general, es trasladable al campo concreto de las prácticas de vinculación. Éstas pueden alterar la estructura competencial de los mercados, con independencia de la actitud del comprador frente a las mismas²⁰⁹. La Comisión europea ha afirmado, recientemente, que el potencial lesivo de los contratos vinculados radica en su aptitud para alterar el desarrollo del proceso competitivo, mediante la exclusión de competidores o la erección de barreras de entrada en los mercados afectados, efectos que, en último término, tendrán un impacto negativo sobre los consumidores y cuya concreción no depende de una determinada respuesta del comprador frente a estas prácticas²¹⁰.

Por otra parte, el razonamiento que exige una especial actitud del comprador es criticable en cuanto implica una distinción entre compradores que quieren la vinculación y compradores que la rechazan. Distinción artificial, ya que, en realidad, cualquier comprador que adquiera dos productos atados o enlazados por el vendedor, está manifestando que prefiere esta opción a cualquier otra alternativa disponible. Una alternativa con la que no cuenta, ciertamente, es con la posibilidad de adquisición de

²⁰⁹ Vid. AUSTIN: “The Individual Coercion Doctrine...*cit.*”, pp. 1169 y ss.; SLAWSON: “A new concept of competition”, *cit.* pp. 263 y ss.; IDEM: “A stronger, simpler tie-in doctrine”, *cit.* pp. 676 y ss.; IDEM: “Excluding competition without monopoly power...”, *cit.*, pp. 481 y ss. Los autores desgranar los distintos riesgos competitivos que han sido atribuidos a los contratos vinculados y concluyen que la actualización de éstos, no requiere, en ningún caso, la presencia de coerción entendida en el sentido de imposición de la práctica contra la voluntad del comprador. En el ámbito europeo, vid. WHISH: *Competition Law*, *cit.*, p. 656, “El principal problema que se plantea en el ámbito de las prácticas de vinculación no es si el acuerdo es opresivo para los consumidores, sino si excluye la competencia en el mercado relevante”.

²¹⁰ Vid. Decisión de la Comisión en el caso Microsoft., *cit.*, párrafo 831. La empresa intentó defenderse de las alegaciones de vinculación ilegal de su sistema operativo Windows con el reproductor de audio y video, Windows Media Player, afirmando que, su conducta no constituía una práctica de vinculación al carecer de naturaleza coercitiva, debido a que el WMP era ofrecido gratuitamente y, además, los consumidores ni siquiera estaban obligados a usarlo pues mantenían la posibilidad de descargarse el mismo software de otras empresas. La Comisión rebate estos argumentos, señalando que la posibilidad de que se produzca un daño a la competencia no depende de que los consumidores estén o no obligados a pagar por el producto vinculado y afirma que “en la medida en que esta práctica puede conducir a la exclusión de otros competidores, es irrelevante que los consumidores no estén obligados a “pagar” o a “utilizar” el WMP. Mientras los consumidores obtengan “automáticamente” el WMP –aunque sea gratuitamente–, los proveedores alternativos estarán en una situación de desventaja competitiva...”.

sólo alguno de los productos que integran el paquete ofertado, ya que ésta es eliminada por la propia presencia de la vinculación. Pero no puede ser argumentado que todos los compradores hubieran adquirido en cualquier caso el paquete así estructurado, ya que de ser así, el vendedor no hubiera tenido necesidad de imponerlo. La irrupción de una especial conducta del vendedor altera el proceso de formación de la voluntad del comprador, impidiendo conocer cuál hubiera sido su voluntad en ausencia de ésta. Es esa acción la que habrá de ser enjuiciada, a fin de determinar si de la misma pueden derivarse efectos lesivos para la competencia. La cuestión que es necesario resolver, por tanto, es si el vendedor ha actuado de una determinada manera, no cual hubiera sido el estado mental del comprador en caso de que esa conducta no se hubiera producido²¹¹.

En otras palabras, la posibilidad de encuadrar la adquisición de un paquete de productos en la categoría de vinculación depende de la parte de la que haya partido la iniciativa de esa unión entre los bienes. Si el comprador libremente ha decidido adquirir ambos bienes, la conducta no estaría englobada²¹², pero si la iniciativa ha partido del vendedor, es él el que ha condicionado la venta, en ese caso, estaríamos ante un contrato vinculado, con independencia de cual sea la respuesta del comprador frente a la misma.

En conclusión, la empresa realiza una práctica de vinculación si no otorga a los consumidores una opción de adquisición del producto principal

²¹¹ Vid. en este sentido, la sentencia del Tribunal del Tercer Circuito en el caso *Bogosian v. Gulf Oil Corp* (561 F.2d 434 (3d Cir.1977)). “Una vez que el demandante ha demostrado que el demandado ha condicionado la venta de un producto a la adquisición de un segundo; no se le exige que pruebe además que su adquisición ha sido coaccionada por esta condición establecida por el vendedor”; AUSTIN: “The Individual Coercion Doctrine in Antitrust Analysis...”, *cit.* p.1153.

²¹² BAUER (“A simplified Approach to Tying Arrangements...”, *cit.* p. 309) señala la ausencia de efectos anticompetitivos en los casos en los que la decisión de adquisición conjunta de varios bienes resulta de una decisión libre del comprador: “Si el comprador tenía la libertad de adquirir el producto vinculado de otras fuente pero, voluntariamente, decide obtenerlo de un determinado vendedor, los eventuales perjuicios que puedan derivarse de esta acción no son fruto de la conducta del vendedor o de la presencia de poder de mercado. No solo el comprador no ha sido coaccionado sino que, además, la exclusión de los competidores no obedece a la conducta del vendedor, más que, en su caso, en la medida en que éste ha ofertado dos productos independientes a precios atractivos -objetivo último de la competencia-”.

sin el producto vinculado. Los consumidores están atados a la empresa respecto a la adquisición del producto vinculado. En ese sentido ha de entenderse la coerción, con independencia de que los consumidores den la bienvenida, rechacen o permanezcan indiferentes ante esa ausencia de opción o atadura. Por tanto, a fin de apreciar si el vendedor ha realizado o no una práctica de vinculación, será necesario indagar si éste efectivamente ha condicionado o no la adquisición del producto principal a la obtención de un segundo producto o si, por el contrario, los compradores tenían la opción de adquirir únicamente el producto principal.

La unión entre los productos puede efectuarse de muy diversas formas y la prueba de este requisito variará en función de la modalidad utilizada para llevar a cabo la vinculación. En ocasiones, el vendedor puede recurrir a amenazas o presiones para efectuar esa sujeción entre los bienes, por lo que la existencia de coerción o presión negativa sobre el comprador o arrendatario puede ser necesaria o importante para probar la existencia de esa venta condicionada. Ahora bien, el objeto de la actividad probatoria, en estos casos, no es la determinación de si el comprador hubiera adquirido igual y voluntariamente el producto vinculado sino si de los hechos concretos puede deducirse la voluntad del vendedor o arrendador de estructurar una venta o arrendamiento bajo condición.

B) MODALIDADES DE VINCULACIÓN

La prueba de este elemento esencial puede revestir cierta dificultad ya que la vinculación o atadura entre los productos puede concretarse de muy diversas formas. Así, en ocasiones, ésta resultará de manera explícita de los términos en los que viene configurado el contrato de adquisición del bien principal pero, en otros supuestos, en los que, aparentemente, el comprador mantiene su libertad de decisión respecto a la adquisición de los bienes será necesario indagar en los hechos concretos a fin de precisar si, realmente, la política comercial de la empresa no conduce a los mismos resultados prácticos que una cláusula de vinculación expresa, es decir, a la

efectiva sujeción del comprador a la obligación de adquirir un segundo producto para poder obtener un primero.

1. Vinculación explícita

La vinculación puede resultar evidente, ya sea por la existencia de una cláusula contractual expresa en la que se recoge la obligación del comprador de adquirir el producto vinculado como requisito necesario de obtención del producto principal, ya sea porque los productos sólo son ofrecidos como partes de un paquete de precio único (*pure bundling*)²¹³.

²¹³ Los términos *bundling* (ventas conjuntas o agrupadas) y *tying* (contratos atados o vinculados) pueden ser conceptualmente diferenciados. El primero hace referencia a aquellas prácticas en las que dos productos se ofrecen como partes de un paquete de precio único. Dentro de esta categoría es posible distinguir entre *pure bundling* y *mixed bundling*. En el primer caso, los bienes sólo se ofrecen en el mercado de manera conjunta, no cabe la posibilidad de adquisición individualizada. Además, la relación entre ambos productos obedece a un esquema de proporciones fijas (p.e. un volante y cuatro ruedas como partes de un automóvil). En los casos de *mixed bundling*, los bienes o servicios pueden ser adquiridos individualmente o como partes integrantes de un paquete a un precio comparativamente más reducido. Así, por ejemplo, los productos de software, Microsoft Excel y Microsoft Word, se ofrecen en el paquete Microsoft Office, pero cabe también la posibilidad de adquirirlos individualmente, si bien a un precio superior. Por lo que se refiere a las ventas vinculadas o prácticas de *tying*, se condiciona la adquisición de un determinado bien a la obtención de un segundo. La diferencia fundamental con el *pure bundling* reside en el hecho de que la cantidad del segundo bien o producto vinculado puede variar de consumidor a consumidor, es decir, la relación entre ambos productos responde a un modelo de proporciones variables. De hecho, la cantidad del bien vinculado no necesita estar determinada en el momento de perfeccionamiento de la venta del bien principal. Por ejemplo, un fabricante de impresoras condiciona la venta de sus productos a que se adquiera de él a su vez, todo el papel que sea utilizado con sus máquinas. Las compras de papel se realizan a lo largo del tiempo y difieren entre los consumidores. En realidad, estas conductas constituyen un supuesto de *pure bundling* de carácter dinámico. En este trabajo, el término vinculación es utilizado en sentido amplio, abarcando tanto los casos de agrupación (*bundling*) como los de vinculación en sentido estricto o *tying*, sin perjuicio de que, en la concreción de los distintos efectos anticompetitivos de la figura, se atienda a la naturaleza de la relación existente entre los bienes enlazados, es decir si ésta es de proporciones variables o de proporciones fijas. La Comisión ha adoptado la misma solución en la valoración de las cláusulas de vinculación en los contratos de transferencia de tecnología. Tras definir la vinculación y la agrupación de tecnologías, afirma, a continuación, la utilización del término vinculación en sentido amplio, comprensivo de ambos supuestos (Vid. *Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología* (2004/C 101/02), párrafo 191). Con carácter general, sobre la interpretación de estos términos, Vid. NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, cit., pp. 13 y ss.; OCDE. Competition

No entrarían dentro de esta categoría aquellos contratos cuyas cláusulas se limitan a constatar la adquisición conjunta de varios productos, por ejemplo, la compra de “una máquina impresora y cuatro cartuchos de *toner*”. De los mismos sólo cabe extraer que se ha estructurado la venta simultánea de diversos bienes, pero no aportan información suficiente sobre el papel respectivo de las partes en la configuración del contrato. Resulta igualmente plausible que el vendedor haya condicionado la venta de la máquina impresora a la adquisición de varios cartuchos de *toner* o que la obtención de ambos productos sea fruto de la propia iniciativa y deseo del comprador. Deviene necesario, por tanto, el examen de los hechos y circunstancias de celebración del contrato, a fin de establecer si esta venta puede ser encuadrada dentro de la categoría de vinculación contractual.

2. Vinculación implícita

La especial severidad con la que la vinculación contractual ha sido tradicionalmente valorada por parte de las autoridades de la competencia, ha propiciado que las empresas dibujen sus políticas comerciales de tal modo que, eludiendo la inclusión de una cláusula contractual expresa, alcancen, no obstante, el mismo resultado en la práctica. En estos casos, el establecimiento de la vinculación se convierte en una cuestión de hecho y se hace preciso indagar en el alcance exacto de la relación existente entre las partes. La vinculación o unión entre los bienes puede ser inferida de los términos en los que está redactado el contrato, de la relación existente entre las partes o de la propia naturaleza de los productos.

Dentro de esta amplia categoría de vinculación tácita o deducible de los hechos es posible establecer dos grandes grupos. El primero de ellos

Policy Roundtables. No.37, *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, cit., Background Note, p. 26.; KATZ/SHAPIRO: “Antitrust in Software markets” en *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: antitrust in the digital market place*, Kluwer Academic, 1999, pp. 66 y 67; PFLANZ/CAFFARRA: “The Economics of GE/Honeywell”, 3, ECLR, 2002, pp. 115 y ss.; LARSON: “Antitrust tie-in analysis after Kodak: A Comment”, 63, ALJ, 1994-1995, pp. 244-245.

abarcaría una serie de políticas de naturaleza contractual con el mismo efecto práctico que la vinculación, estando el segundo grupo referido a aquellas situaciones en las que la unión entre los productos deriva de la propia configuración física de éstos.

2.1. Políticas con el mismo efecto práctico que la vinculación

La empresa puede recurrir a una serie de prácticas que, bien mediante la promesa de incentivos o ventajas de naturaleza económica o bien, por el contrario, a través de determinadas medidas de presión o coacción, pueden operar como elementos condicionantes de la voluntad del comprador, empujándole a la adquisición del producto vinculado. Así mismo, determinadas cláusulas contractuales que dejan los requisitos necesarios para la adquisición del producto vinculado a la entera discrecionalidad de la empresa pueden conducir a que el comprador, quién, aparentemente, goza de un margen de libertad respecto a la adquisición de este producto, no tenga más remedio en la práctica que adquirirlo de la empresa que ofrece el bien principal.

2.1.1. Vinculación por “coerción”²¹⁴

Es posible probar la existencia de vinculación en los casos en los que la “persuasión” de la empresa es de tal intensidad que el comprador no tiene otra alternativa en la práctica que adquirir el segundo producto, bien porque, de lo contrario, la empresa se negaría a contratar incluso respecto

²¹⁴ En el examen de las políticas con el mismo efecto práctico que una cláusula de vinculación expresa, consideramos especialmente gráfica la distinción recogida por SLAWSON (“A stronger, simpler tie-in doctrine”, *cit.*, p.683) entre vinculación por “coerción” y vinculación por “inducción”.

del producto principal o bien, porque las condiciones de adquisición de éste resultarían especialmente gravosas²¹⁵.

La deducción de la existencia de vinculación a través de la prueba de amenazas o presiones requiere la ponderación de diversos intereses enfrentados. Si bien a los contratos vinculados se les atribuye, generalmente, un potencial lesivo de la competencia, la negociación vigorosa entre las partes de un contrato es deseable, en cuanto constituye la forma más eficaz de conciliación de intereses privados. El vendedor busca un incremento de sus ventas mientras que el comprador orienta esa negociación a la obtención de precios más bajos y de una mayor calidad de los productos o un mejor servicio. Así, en principio, un comprador no puede probar la existencia de vinculación, simplemente mostrando que el vendedor afanosamente trató de llevar a cabo la venta conjunta de ambos bienes. Es necesario demostrar que la presión ejercida por el vendedor revestía tal intensidad que, en la práctica, la adquisición conjunta de ambos bienes constituía la única alternativa a la que podía acogerse el comprador. Entre los distintos factores que habrán de ser objeto de ponderación podemos destacar, el tamaño relativo de las partes²¹⁶ o el efecto que supondría para el comprador la pérdida del derecho a comerciar con el bien principal²¹⁷. Cuanto mayor sea el poder de mercado del vendedor, más

²¹⁵ Por ejemplo, la empresa puede amenazar con retirar las garantías respecto del producto principal a menos que se adquiriera un segundo producto. Vid. *ad.ex.*, en Europa, los casos *Novo Nordisk* (La empresa Novo Nordisk, primer productor europeo de insulina lanzó al mercado un método de autoinyección de insulina denominado “plumas de insulina”. La empresa declinaba toda responsabilidad en caso de mal funcionamiento de sus plumas y se negaba a conceder su garantía sobre estos productos, si eran utilizados en asociación con los componentes compatibles de otros fabricantes, *XXVI Informe sobre la Política de la Competencia*, 1996) y *Hilti, cit.* (La empresa se negaba a prestar la garantía sobre sus pistolas grapadoras y sus cartuchos, si éstas eran utilizadas con grapas de otros productores).

Otras formas de persuasión incluyen la reducción del término de los contratos de arrendamiento del producto principal o la negativa a prestar un servicio de reparación. Vid, en EE.UU., *ad.ex, Tire Sales Corp. v. Cities Service Oil Corp.* (410 F.Supp. 1222 (N.D. III.1976).

²¹⁶ Vid. *FTC v. Texaco Inc.* (393 U.S. 223, 1968)

²¹⁷ Se trata de ponderar el grado de dependencia económica del comprador respecto del vendedor. Éste será más reducido en los casos en los que el producto principal constituye sólo uno de las diferentes líneas de bienes del negocio del comprador

posibilidades habrá de que su “persuasión” pueda ser considerada una amenaza real por el comprador²¹⁸. El poder de mercado puede ser utilizado por una empresa para forzar a la contraparte a la aceptación de determinadas cláusulas contractuales, que pueden ser posteriormente utilizadas para instrumentar una práctica de vinculación. Así, por ejemplo, la existencia de provisiones que colocan a los compradores en una situación de dependencia de la discrecionalidad o libre arbitrio del vendedor respecto de la continuidad de su relación comercial son un vehículo propicio para articular una venta condicionada. La posibilidad de extinción de una relación, en la que el comprador ha invertido tiempo y recursos, puede constituir un motivo suficiente para que éste “decida” la adquisición de ambos bienes²¹⁹.

En una serie de casos, conocidos como los casos de las “Ruedas, pilas y accesorios” (*TBA cases*)²²⁰, la Comisión Federal de Comercio examinó la conducta de diversas compañías petrolíferas bajo la sección 5 de la *FTC Act* que sanciona los actos de competencia injustos o desleales, alegando que éstas, de forma anticompetitiva y desleal, habían inducido a sus distribuidores a adquirir una serie de productos –ruedas, pilas y accesorios- de determinadas empresas designadas por ellas. Las compañías petrolíferas, a cambio, recibían una comisión calculada sobre el volumen de las ventas realizadas. En *Atlantic Refining Co. v. FTC*, la Comisión concluyó que el recurso, por parte de la empresa Atlantic, a prácticas coercitivas evidentes para forzar a sus principales clientes –estaciones de servicio- a la adquisición de los productos de la empresa Goodyear, tenía el mismo efecto que la inclusión de una cláusula contractual expresa de vinculación. Estas medidas consistían, entre otras, en: amenazas de cancelación de la relación

que en aquéllos en los que constituye su objeto principal como, por ejemplo, en el marco de una relación de franquicia.

²¹⁸ En *Moore v. James H. Matthews & Co.* (550 F.2d 1207 (9th Cir. 1977)), el Tribunal del Noveno Circuito reconoce que “cuanto mayor sea el poder del demandado respecto del producto principal, mayor será la probabilidad de que sus maniobras coercitivas tengan éxito”.

²¹⁹ Vid. AUSTIN: “The Individual Coercion Doctrine in Antitrust Analysis...”, *cit.*, pp.1165 y ss.; BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements...”, *cit.*, pp. 310 y ss.

²²⁰ *Atlantic Refining Co. v. FTC* (381 U.S. 357, 1965); *Shell Oil Co. v. FTC* (360 F.2d 470, *cert.denied*, 385 U.S. 1002); *FTC v. Texaco Inc.* (393 U.S. 223, 1968)

de arrendamiento a menos que los productos fueran adquiridos; la fijación de cuotas a los distribuidores de productos patrocinados, envío por sorpresa de inspectores, encargados de controlar que los productos habían sido adquiridos, etc. En el caso *FTC v. Texaco Inc*, si bien la empresa no recurrió a tácticas coercitivas de manera tan explícita, también se afirmó la existencia de esta imposición en los distribuidores. La Comisión consideró que la empresa petrolífera *Texaco*, como consecuencia de la propia estructura y organización económica del sistema de distribución del petróleo, poseía una especial situación de poder en los contratos que celebraba con sus distribuidores. Generalmente, el arrendamiento de la estación de servicio tenía una duración temporal muy limitada y, además, estaban sujetos a la posibilidad de resolución *ad nutum* al final de cada año con un plazo de preaviso de tan solo diez días. A su vez, *Texaco* se reservaba la facultad de terminar la relación en cualquier momento, si consideraba que el distribuidor había incumplido las condiciones pactadas sobre la utilización y apariencia de la gasolinera. El suministro de gasolina también se pactaba por el plazo de un año con posibilidad de terminación unilateral con treinta días de preaviso. Por el contrario, el distribuidor medio era generalmente un sujeto de recursos limitados que había realizado inversiones muy cuantiosas en la estación de servicio, cuya subsistencia dependía de la continuidad de la relación con *Texaco* y que, por tanto, no podía arriesgarse a desairar a la empresa no siguiendo sus “sugerencias” respecto de la adquisición de determinados productos²²¹. La Comisión consideró que la especial posición de poder de *Texaco* frente a sus distribuidores le permitía imponer la vinculación, sin necesidad de acudir a amenazas o presiones directas²²². La situación de dependencia era de tal

²²¹ En *Shell Oil Co. v. FTC* (360 F.2d 470, 487), el juez WISDOM afirmó que, “un hombre que opera una gasolinera está condenado a sufrir la intimidación de la gran empresa que es su suministrador, su banquero y su patrón”.

²²² *Texaco* llevó a cabo el compromiso adquirido con la empresa *Goodrich* de promoción de sus productos, mediante el recordatorio continuo a sus distribuidores sobre el deseo de *Texaco* de que éstos almacenaran y vendieran los productos *Goodrich*. *Texaco* enfatizaba la importancia de estos productos y de la utilización de las marcas recomendadas, ya en el momento de entrevistar a potenciales distribuidores y repetía estas recomendaciones mediante un flujo continuo de envío de publicidad y otras actividades promocionales de los productos *Goodrich*. Además, los comerciales de *Texaco*, principal vínculo de unión entre la empresa y los distribuidores, promovían estos productos en sus contactos diarios con los distribuidores. La evaluación que los comerciales de *Texaco* realizan de las

magnitud que, pese a la aparente libertad de opción de los distribuidores de adquirir ruedas o pilas de otras empresas, en la práctica, su única alternativa plausible era el acatamiento de las instrucciones o sugerencias de la empresa petrolífera.

En *United Shoe Machinery Co. v. United States*²²³, el Tribunal Supremo estadounidense examinó las condiciones específicas a las que el arrendador de maquinaria de fabricación de zapatos sujetaba la terminación del contrato. Éstas incluían la utilización de maquinaria de un competidor o la utilización de la maquinaria arrendada para la elaboración de zapatos, si algún trabajo previo sobre ellos había sido realizado con máquinas de la competencia. El Tribunal concluyó que estas provisiones tenían el mismo efecto en la práctica que una cláusula de vinculación expresa ya que compelen al arrendatario a la utilización exclusiva de maquinaria del arrendador si no quería incurrir en riesgos que el Tribunal calificó de “impensables”, en atención a la naturaleza de la relación existente entre ambas partes.

En *Osborn v. Sinclair Refining Co.*²²⁴, el Tribunal del Cuarto Circuito infirió la existencia de una práctica de vinculación del hecho de que los distribuidores habían sido alertados en reuniones anuales con sus proveedores de las consecuencias de no adquirir determinados productos accesorios, adquisiciones que eran tomadas en consideración a la hora de decidir la renovación de los contratos. En *United States v. General Motors Corp.*²²⁵, la empresa se negaba al suministro de nuevas líneas de automóviles a menos que se contratara con ella el servicio de financiación.

estaciones de servicio constituía un factor importante en la decisión de renovación o terminación de los contratos. Estos comerciales, cuya opinión favorable era, por tanto tan importante para los distribuidores, eran los encargados de promocionar los productos Goodrich. Finalmente, Texaco exigía informes periódicos sobre la cantidad de productos Goodrich que habían sido adquiridos por los distribuidores. La Comisión consideró –en una opinión ratificada por el Tribunal Supremo– que, a través de estas prácticas se enviaba continuamente mensajes a los distribuidores sobre la “conveniencia” de adquirir los productos esponsorizados.

²²³ 258 U.S. 451, 1920.

²²⁴ 286 F.2d 832 (4th Cir. 1960).

²²⁵ 121 F.2d 376 (7th Cir. 1941).

La empresa puede arbitrar mecanismos más sutiles que la negativa a contratar para inducir a la adquisición del producto vinculado. Determinadas cláusulas o provisiones en el contrato que, en principio, otorgan libertad de elección al comprador respecto de la fuente de adquisición del producto vinculado, pueden, debido al margen de discrecionalidad que la empresa se reserva o a la propia inviabilidad de las condiciones requeridas en la práctica, conducir a que el comprador no tenga más remedio que obtener el producto de ésta.

Estas situaciones pueden producirse, por ejemplo, en los casos en los que se le da la opción al comprador de adquirir el producto de otras fuentes, siempre que éstas sean aprobadas por el vendedor y éste ejercita una completa discrecionalidad o recurre a tácticas dilatorias frente a las solicitudes de aprobación que el comprador le presente²²⁶.

En el caso estadounidense *Dumkin' Donuts*²²⁷, los demandantes alegaron que la cláusula que les otorgaba un periodo de treinta días para comprar suministros a proveedores diversos de la empresa Dumkin producía, en la práctica, un efecto de vinculación. La complejidad de la transacción, unida a la inexperiencia de los compradores y al escaso tiempo disponible para buscar fuentes de suministro alternativas, fueron alegadas como evidencia de que los compradores, en este caso, franquiciados, se veían obligados a adquirir su equipo de Dumkin'.

²²⁶ Vid. *ad.ex. Pick Manufacturing Co. v. General Motors Corp.* [299 U.S. 3 (1936), *per curiam*, *aff'g* 80 F.2d 641 (7th Cir. 1935)]; *Advance Business Systems & Supply Co. v. SMC Corp.*, 415 F.2d 55, (4th Cir. 1969); *Smith v. Denny's Restaurants, Inc.*, 62 F.R.D. 459 (N.D.Cal. 1974); *Carpa, Inc. v. Ward Foods, Inc.* 536 F.2d 39 (5th Cir. 1976); *George R. Whiten, Jr. Inc. v. Paddock Pool Builders, Inc.*, 424 F.2d 25 (1st Cir. 1970).

²²⁷ *Ungar v. Dumkin' Donuts of America, Inc.*, 68 F.R.D. 65 (E.D. Pa 1975), *rev'd*, 531 F.2d 1211 (3d Cir.), *cert.denied*, 429 U.S. 823 (1976).

2.1.2. Vinculación por “inducción”

Las empresas también pueden perseguir la vinculación de productos mediante el ofrecimiento de una serie de incentivos o ventajas de naturaleza económica. La política empresarial de precios puede ser diseñada de tal forma que, sin necesidad de imponer directamente la vinculación, se induzca a los compradores a la adquisición de un segundo producto.

La vinculación promocional consiste en la fijación de un precio reducido o, incluso, en el ofrecimiento gratuito del producto principal²²⁸, a condición de que las empresas se comprometan a la adquisición de un segundo producto. Estas condiciones pueden inducir a los compradores a aceptar voluntariamente el producto vinculado²²⁹. Generalmente, estas prácticas constituyen una forma de competencia no basada en los precios y son frecuentes en mercados oligopolísticos en los que, en atención a la interdependencia existente entre las empresas, es probable que las reducciones de precios de una de ellas sean inmediatamente seguidas por el

²²⁸ En *Federal Trade Commission v. Sinclair Refining Co. Oil* (261 U.S. 463, 1923), determinadas refinerías de petróleo ofrecían a las estaciones de servicio surtidores de gasolina gratis, a condición de que éstas se comprometieran a utilizar en ellos solo la marca de gasolina de la refinería.

En Europa encontramos un caso similar. La Comisión examinó los contratos de distribución celebrados en Irlanda por la empresa *Unilever*, líder en el mercado de los helados de “impulso” en la mayor parte de los Estados europeos. Este mercado engloba los helados industriales envasados en porciones individuales y vendidos para su consumo inmediato en lugares como quioscos de prensa o gasolineras. *Unilever* suministraba congeladores a los minoristas, bajo la condición de que sólo se utilizara para almacenar productos Unilever. La Comisión examinó estos contratos, llegando a la conclusión de que, debido a que el tamaño, generalmente reducido, de las empresas dedicadas a la venta de este tipo de helados, les impide disponer de más de un congelador, en la práctica, los establecimientos quedaban vinculados exclusivamente a la venta de helados *Unilever*. Se consideró que estos contratos infringían tanto el artículo 81 como el artículo 82 del Tratado CE. Sin embargo, la empresa aceptó una modificación de su conducta, considerando la Comisión que estos compromisos reunían las condiciones necesarias para la concesión de una exención. *XXV Informe sobre Política de la Competencia*, 1995.

²²⁹ Vid. AUSTIN: “The Individual Coercion Doctrine in Antitrust Analysis...”, *cit.* pp.1160 y ss.; TURNER: “The validity of tying arrangements under the antitrust laws”, 72, *cit.*, pp. 65 y ss.

resto, lo que desincentiva esta forma de competencia²³⁰. Ahora bien, los efectos competitivos de la vinculación promocional son ambiguos. Si la empresa posee poder en el mercado del producto principal, el recurso a esta práctica, puede estar orientado a la eliminación de competidores en el mercado del producto vinculado o a la lesión de los competidores respecto del producto principal²³¹.

El establecimiento de un precio de los componentes adquiridos de forma aislada comparativamente más alto que el del paquete de productos, evita al vendedor la utilización, ya sea de una cláusula de vinculación formal o de tácticas coercitivas más explícitas, pero puede, no obstante, conseguir los mismos resultados, al canalizar la voluntad de los compradores, a través de la oferta del paquete, a la adquisición de ambos productos. La esencia de estas prácticas, conocidas en la doctrina como *mixed bundling* reside, por tanto, en que, el precio del paquete de productos refleja un descuento respecto del precio de cada uno de los componentes adquiridos individualmente²³². Estas prácticas son muy frecuentes en la realidad comercial y, en principio, constituyen una forma lícita de competir en el mercado. A diferencia de los supuestos de *pure bundling*, los productos sí pueden ser adquiridos de forma individual, manteniéndose,

²³⁰ Sobre los caracteres de los mercados oligopolísticos y la concreción en estos de la lucha concurrencial, vid.: FERNÁNDEZ DE ARAOZ: “El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al libre mercado, la competencia y la geometría”, RGD, 1993, pp. 10057 y ss.; HERRERO SÚAREZ: “El problema del oligopolio en el Derecho comunitario de la competencia”, *cit.*, pp. 113 y ss.

²³¹ Sobre la utilización de las prácticas de vinculación como forma de competencia indirecta, vid., *infra*, Capítulo V, IV.

²³² Vid. NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 13 y ss. El autor recoge la posibilidad de que, en determinadas circunstancias excepcionales, el precio del paquete de productos sea más elevado que el que resultaría de su adquisición independiente. Se trata de situaciones en las que el consumidor opta por una adquisición “a la carta”, corre el riesgo de no poder acceder a determinados bienes; por ejemplo, una serie de espectáculos de ópera o de conciertos de verano. Entre ellos, pueden estar presentes representaciones muy populares, para las que el consumidor prevé existirá una fuerte demanda y, por tanto, la posibilidad de que se agoten rápidamente las entradas disponibles. En consecuencia, si desea asegurarse un billete, especialmente una buena localidad, optará por adquirir la totalidad de la serie, aunque el precio de ésta resulte superior al de los espectáculos adquiridos individualmente. El problema en estos casos es que sólo se venderán entradas independientes una vez que ya haya salido a la venta el paquete de espectáculos.

por tanto, la libertad de opción del comprador respecto a la adquisición aislada del producto principal²³³.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que estas prácticas sean utilizadas para instrumentar una verdadera vinculación entre productos. El vendedor puede estructurar la oferta de tal modo que, aún manteniéndose formalmente la libertad de opción del comprador respecto de la adquisición individualizada del producto principal, en la práctica, su única alternativa razonable radique en la obtención del paquete de productos, satisfaciéndose así los presupuestos materiales de los contratos vinculados²³⁴.

El poder que una empresa ostenta en el mercado del producto principal puede permitirle fijar un precio para éste de 10 unidades monetarias (u.m.) y vincularlo a un segundo producto con un precio de 9 u.m., creando así un paquete por valor de 19 u.m. Para evitar el juicio *antitrust* inherente a las ventas condicionadas expresas, el empresario puede ofrecer dos opciones a los consumidores. Los distintos productos pueden ser adquiridos individualmente, el producto principal por 12 u.m. y el vinculado por 9 u.m., o ambos pueden ser adquiridos conjuntamente como parte de un paquete por valor de 19 u.m. En este caso, el vendedor ha

²³³ Sobre los conceptos de *mixed bundling* y *pure bundling*, vid., *supra*, III.B.1.

²³⁴ Las autoridades de la competencia han tenido en cuenta la posibilidad de que la concesión de descuentos u otro tipo de ventajas económicas sea utilizada como un mecanismo indirecto de vinculación. Así, en el caso Microsoft, tras concluir que la empresa había vinculado ilegalmente su sistema operativo a su reproductor de audio y video, se le exige, no sólo que ofrezca a los fabricantes de ordenadores personales una versión de Windows sin el Windows Media Player, sino que, además, se abstenga de cualquier tipo de medios comerciales, contractuales o tecnológicos que tengan como consecuencia hacer que la versión de Windows no vinculada sea menos atractiva o cuente con menos prestaciones. En concreto, no debe ofrecer a los fabricantes de ordenadores personales descuentos condicionados a la compra de Windows con Windows Media Player (Decisión de la Comisión, párrafos 1011 y ss.). En el caso estadounidense *United States v. Loew's Inc.* (371 U.S. 38, 1962) se concluyó que la práctica de seis distribuidoras cinematográficas de condicionar la venta o licencia de determinadas películas a la necesidad de adquirir también otras películas no deseadas o de inferior calidad constituía una infracción de la sección 1 de la *Sherman Act* y se prohibió a las demandadas recurrir en el futuro a esa práctica o a otras que pudieran tener efectos similares, en concreto, a la fijación de precios más elevados en caso de adquisición individualizada de las películas que en caso de adquisición de un paquete, siempre que estas diferencias de precios no pudieran encontrar justificación en un ahorro de costes derivado de la distribución conjunta.

establecido el precio del bien B con arreglo a su valor de mercado, pero el del bien A a un precio notablemente superior al precio que maximizaría sus beneficios si fuera ofrecido individualmente. Cabe inferir que la intención perseguida por el vendedor es conducir a los consumidores a la obtención del paquete de productos. Presunción que puede ser confirmada si se comprueba que la mayoría de las ventas del bien A se han realizado a través de la adquisición del paquete de productos.

El principal problema que plantea la identificación de una vinculación mediante la diferencia de precios (*price differential tie*) es la prueba de que el precio asignado al producto principal si es adquirido individualmente, es tan elevado que los compradores inevitablemente se decantarán por la adquisición del paquete. La vinculación también podría ser inferida si el descuento ofrecido por la adquisición combinada de varios productos, es notablemente superior a la reducción de costes derivados de la producción o la distribución conjunta.

En el ámbito europeo, el riesgo de que las políticas de precios empresariales puedan ser utilizadas como instrumentos de articulación de auténticas ventas condicionadas, ha sido tomado en consideración en diversas ocasiones, en las que la Comisión ha afirmado que la concesión de descuentos en casos de adquisición conjunta de varios productos equivalía a una vinculación tácita.

En el caso *Digital*, la Comisión consideró que la empresa *Digital Equipment Corporation*, había abusado de su posición de dominio en el mercado de los servicios de mantenimiento de los programas informáticos de Digital y de otros servicios materiales para ordenadores Digital, entre otras conductas, al vincular los servicios de hardware y los servicios de software. La Comisión infirió la existencia de vinculación del hecho de que los precios de los servicios de software eran considerablemente más atractivos cuando estaban incluidos en el paquete de servicios hardware/software, que cuando eran ofertados individualmente²³⁵.

²³⁵ XXVII Informe sobre Política de la Competencia, 1997.

En el caso *Nielsen*²³⁶, la Comisión concluyó que la empresa A.C. *Nielsen* había explotado de manera abusiva su posición dominante en los mercados europeos de los servicios de seguimiento al por menor. Entre las conductas ilícitas se incluía la concesión de descuentos a determinados clientes multinacionales a cambio de su compromiso de recurrir a sus servicios en un determinado número de países. El procedimiento se cerró con un compromiso de la empresa de poner fin a estas conductas.

En *De Poste-La Poste*²³⁷, la Comisión impuso una multa al operador belga de servicios postales, por considerar que éste había abusado de su posición dominante, al establecer para los servicios de correo general una tarifa preferente, supeditada a la aceptación de un contrato suplementario de un nuevo servicio de correo de empresa a empresa.

El recurso a rebajas o descuentos en caso de adquisición conjunta de varios productos, también fue valorado en el caso *Hilti*²³⁸. La Comisión concluyó que la política de Hilti de reducir los descuentos a las empresas que adquirieran cargadores para pistolas grapadoras sin adquirir a su vez las grapas, constituía una medida de efecto equivalente a una vinculación explícita. En *Tetra Pak IP*²³⁹ el ejecutivo comunitario consideró que la política de tarificación regresiva adoptada por la empresa tenía como finalidad la vinculación de sus productos –envases- a sus servicios de mantenimiento y asistencia. En el célebre caso de las “vitaminas”²⁴⁰, se consideró que la aplicación de un sistema de descuentos a condición de que las empresas se comprometieran a adquirir todos sus suministros de vitaminas de Hoffman-La Roche, constituía un abuso de posición dominante. Las políticas de primas y descuentos seguidas por el fabricante francés de neumáticos Michelin han sido objeto de una larga investigación por parte de la

²³⁶ XXVI Informe sobre Política de la Competencia, 1996.

²³⁷ D.O.C.E 2002, L61/32.

²³⁸ Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987, IV/30.787 y 31.488.

²³⁹ Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1991, Asunto IV/31.043., párrafos 111-114, párrafo 139.

²⁴⁰ Decisión de la Comisión de 9 de junio de 1976, Asunto IV/29020, *Vitamins*.

Comisión europea. Tras un largo proceso, el ejecutivo comunitario concluyó que la empresa había abusado de su posición dominante mediante un sistema de bonos y descuentos, que le permitía vincular los neumáticos nuevos con los neumáticos recauchutados²⁴¹.

Por último, la empresa también puede articular una venta vinculada mediante la conformación de su política de precios de entrega. La Comisión ha considerado que un sistema de precios de entrega franco destino, puede conducir a subordinar la venta de productos a la aceptación por el usuario de una prestación suplementaria (el transporte). Así, en el caso *IFTRA-Vidrios para envases*²⁴² se afirmó que el acuerdo entre competidores en el mercado de envases de vidrio, de utilizar exclusivamente una política de precios de entrega franco destino tenía como efecto, en la práctica, la imposición en el usuario de una obligación suplementaria –el servicio de transporte a su localidad- que no estaba necesariamente relacionada con la venta de los productos, ya que la mayoría de usuarios de contenedores de vidrio poseen sus propios medios de transporte. Un supuesto muy similar fue analizado en el caso *Napier Brown-British Sugar*²⁴³, en el que la Comisión consideró abusiva la política de fijación del precio del azúcar por parte de British Sugar. La empresa estableció un sistema de fijación del precio con entrega en destino (incluyendo en el mismo el coste de transporte), que impedía a los compradores adquirir el producto a la salida de fábrica. Esta práctica tenía como efecto reservar a la empresa la actividad independiente de entrega del azúcar, que podría haber sido asumida por un contratista independiente (p.e, por un verdadero

²⁴¹ Decisión de la Comisión de 20 de junio de 2001, Asunto COMP/E-2/36.041. El entonces Comisario de la Competencia, Mario Monti, insistió en los peligros que para el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado común pueden derivarse del recurso a estas políticas de precio por parte de empresas dominantes: “Las empresas dominantes deben tener cuidado de no dedicarse a prácticas que excluyan del mercado a otros operadores. Los descuentos y primas son prácticas comerciales normales pero, según lo ha confirmado el Tribunal europeo, algunos son ilegales cuando quien los concede es una empresa en posición dominante y producen un efecto de exclusión”.

²⁴² Decisión de la Comisión de 15 de mayo de 1974, Asunto IV/400.

²⁴³ Decisión de la Comisión de 18 de julio de 1988, Asunto IV/30.178.

distribuidor que entregara el azúcar al cliente utilizando sus propios medios de transporte).

2.2. Vinculación física o tecnológica (*technological tie-ins*)

En ocasiones, la vinculación no resulta de una cláusula contractual, sino de la propia configuración del producto. Esta unión física entre productos se conoce generalmente como vinculación tecnológica (*technological tie-ins*) y se plantea en los casos en los que el vendedor ha estructurado o configurado de tal modo la combinación de productos que se hace inevitable la adquisición de ambos²⁴⁴.

Así, por ejemplo, un fabricante puede diseñar su producto de tal forma que éste sólo funcione adecuadamente si es utilizado con componentes o accesorios del propio fabricante. La consecuencia es que, en la práctica, los compradores no pueden adquirir esos productos de otras fuentes. De forma similar, un efecto de vinculación puede conseguirse mediante el diseño de la tecnología de tal modo que el usuario de un producto tenga que llevar a cabo ajustes muy costosos a fin de poder utilizar productos accesorios fabricados por otras fuentes distintas del propio fabricante²⁴⁵. También puede ocurrir que la empresa se niegue a suministrar la información o especificaciones necesarias para que determinados productos accesorios puedan ser utilizados con el producto principal. Esta práctica puede tener viabilidad en determinados sectores industriales (automovilístico, aeronáutico o informático) en los que se producen bienes intermedios que son posteriormente compuestos o

²⁴⁴ Vid. BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements...”, *cit.*, p. 312.

²⁴⁵ Vid. *Automatic Radio Mfg., Inc.v. Ford Motor Co.* (390 F.2d 113, 1st Cir. 1968) La empresa Ford diseñaba los paneles de sus coches de tal forma que, en principio, éstos sólo eran compatibles con sus propios equipos de radio, resultando muy costoso para el comprador la instalación de un equipo diverso.

ensamblados por los compradores finales o por otros agentes distribuidores²⁴⁶.

La individualización de un caso de vinculación física, puede resultar especialmente compleja. La existencia de un elevado grado de interrelación tecnológica dificulta la identificación de productos diferenciados y, en estos supuestos, es frecuente que los demandados defiendan con cierta solidez la existencia de un único producto frente a las acusaciones de vinculación anticompetitiva²⁴⁷.

En segundo lugar, una vez establecida la existencia de productos diversos, es preciso probar que la tecnología asociada al producto principal tiene el efecto práctico de compeler al comprador a la adquisición de un segundo bien. En los casos en los que la tecnología está intencionadamente

²⁴⁶ Vid. *Foremost Pro Color, Inc. v. Eastman Kodak Co.* (703 F.2d 534, 9th Cir. 1983). La negativa de la empresa Kodak a suministrar información referente a un nuevo modelo de cámaras fotográficas antes de lanzarlas al mercado, impidió a Foremost el desarrollo de un proceso de revelado de películas en color compatible con éstas. Proceso que, durante más de un año, fue realizado en exclusiva por Kodak.

En el ámbito Europeo, la Comisión investigó las prácticas de la empresa informática IBM, al considerar que ésta había abusado de su posición dominante respecto de dos productos fundamentales del Sistema informático 370 (el procesador central y el sistema operativo) al negarse a suministrar con suficiente antelación a otros productores la información técnica necesaria (*interface information*) para permitir que otros productos pudieran ser utilizados con el Sistema 370. La empresa también fue acusada de condicionar la oferta del procesador central del Sistema 370 a la adquisición de ciertos elementos de software (*software bundling*) y de una determinada capacidad de memoria (*memory bundling*). El procedimiento se cerró con un acuerdo entre el ejecutivo informático y la empresa, por el que ésta se comprometía a poner fin a estas conductas. Vid. *XIV Informe sobre la Política de la Competencia*, 1984.

En el sector de control de las concentraciones empresariales, también se ha suscitado el temor de que la entidad resultante de una concentración decidiera producir un único bien integrado que incorporara los bienes A y B o bien, hacer el bien A incompatible con cualquier bien B producido por un competidor. En este sentido, en el caso Boeing/Hughes (Decisión de la Comisión de 29 de octubre de 2000, Asunto IV/M.1879), el ejecutivo comunitario investigó si la entidad fusionada estaría incentivada para rediseñar los lanzadores (*launchers*) de Boeing, de modo que funcionaran exclusivamente con los satélites de Hughes. Posibilidad que fue, finalmente rechazada.

²⁴⁷ En *United States v. Microsoft Corp.*, (147 F.3d 935, (D.C.Cir. 1998), el Tribunal concluyó que el sistema operativo de Microsoft, Windows 95 y su navegador de Internet (Internet Explorer) constituían un único producto ya que las dos funciones y el código informático para ambas estaban tan interrelacionadas que una no podía funcionar adecuadamente sin la otra.

diseñada para forzar la adquisición de productos accesorios del vendedor del producto principal, puede presumirse razonablemente que se ha producido una venta condicionada. Esta intención de evitar que el comprador adquiera productos de empresas rivales, puede ser inferida en los casos en los que no existe una justificación, ya sea en atención a los costes económicos o a razones de control de calidad, respecto del factor tecnológico concreto del que se deriva la vinculación.

La vinculación de productos a través de la integración tecnológica presenta una particularidad significativa respecto de la unión contractual. En ésta última, existe la posibilidad de disponer libremente del producto o componente no deseado. Así, por ejemplo, si un sujeto no está interesado en las comidas ofrecidas en un paquete vacacional, es libre de comer en cualquier otro lado, aunque tenga, no obstante, que pagar por ellas. Por el contrario, en los casos de integración tecnológica, la libre disposición de los componentes individuales puede resultar excesivamente costosa o, incluso, impracticable, lo que puede afectar aun más a la estructura concurrencial de los mercados. Si los consumidores pueden disponer del producto vinculado, reemplazando éste por un producto competidor, las empresas rivales de aquélla que realiza la vinculación sufren, ciertamente, una desventaja competitiva. Pero si la unión entre los bienes es de naturaleza física, su posición empeora, ya que se cierran más puertas a la posibilidad de sustitución del producto vinculado, incluso en los casos en los que éste sea ofrecido gratuitamente²⁴⁸.

La vinculación tecnológica plantea problemas, no sólo de identificación sino también de valoración. Una intromisión excesiva en las políticas de diseño o configuración por parte de las empresas de los

²⁴⁸ En la integración del sistema operativo Windows con el navegador de Internet (IE), la imposibilidad de disponer libremente del navegador constituyó un aspecto relevante en la valoración del caso. La posibilidad de que la eliminación del navegador IE afectara a la funcionalidad del sistema operativo, cerraba prácticamente el acceso a los consumidores de los navegadores de la competencia como, por ejemplo, el Netscape Navigator.

productos que ofrecen en el mercado, puede provocar el efecto perverso de desincentivar la innovación²⁴⁹.

IV. RECAPITULACIÓN

La esencia de la conducta conocida como práctica de vinculación o *tying arrangement* radica en el suministro condicionado de dos bienes o servicios diferenciados. Por tanto, la determinación de los productos implicados en una transacción empresarial constituye el punto de partida del juicio de compatibilidad de la presunta práctica de vinculación con el Derecho de la libre competencia. Determinación que, como hemos visto, no está exenta de dificultades en la práctica.

El estudio conjunto de la política estadounidense y comunitaria al respecto permite destacar la existencia de notables diferencias en lo que concierne a la finalidad de esta fase del análisis; diferencias que se manifiestan en la fijación de los criterios de identificación de las prestaciones implicadas.

La sujeción tradicional de las prácticas de vinculación en el ámbito estadounidense a una prohibición *per se* ha conducido a la defensa, tanto doctrinal como jurisprudencial, de la necesidad de ponderar todas las posibles justificaciones empresariales a la conducta a fin de proceder a su caracterización o no como un *tying arrangement*. Así, como hemos tenido ocasión de exponer, el análisis de los productos implicados ha venido orientado, en numerosas ocasiones, no a la identificación del tipo, sino a la valoración global de sus efectos económicos. El temor de sufrir los rigores de la prohibición sin posibilidad de que fueran evaluados los efectos reales de la conducta sobre la competencia, ha conducido a una distorsión del análisis, que mediante la ponderación de criterios estructurales y

²⁴⁹ Alertan sobre este riesgo implícito en la valoración de la vinculación tecnológica o física: CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.* p. 117, nota 80; MESSE: “Monopoly bundling in cyberspace:...”; HYLTON/SALINGER: “Tying law and policy: a decision –theoretic approach”, 69, ALJ, 2001, pp. 515 y ss.

valorativos, ha oscurecido la identificación de las conductas empresariales susceptibles de ser caracterizadas como prácticas de vinculación.

La posibilidad de *descomposición* de la mayoría de bienes ofrecidos en el mercado excluye la mera separabilidad física como criterio válido de determinación de los productos presentes en una operación comercial y exige la fijación de un criterio más adecuado, que atienda al motivo o causa que late detrás de la prohibición de estas operaciones.

La búsqueda de un criterio de delimitación en los textos legales que sancionan la práctica empresarial de vinculación de prestaciones, resulta de escasa utilidad. En el caso americano, esto se debe a la excesiva generalidad de los términos en que viene redactada la prohibición. En el ámbito europeo las dificultades obedecen, por el contrario, a la redacción poco afortunada de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, que establecen como criterio de individualización de prestaciones “la ausencia de relación” entre ellas. Una interpretación literal de los preceptos llevaría a considerar que existen dos prestaciones diversas, únicamente en los casos en los que no exista el más mínimo vínculo funcional entre los productos o servicios objeto del contrato, interpretación desacreditada por la práctica de las propias autoridades europeas en materia de competencia: la Comisión y el Tribunal de Justicia.

La venta conjunta de bienes físicamente autónomos o independientes puede obedecer a razones de pura eficiencia económica. El Derecho de la libre competencia, incluyendo dentro de las prácticas restrictivas de la competencia la vinculación contractual no pretende sancionar transacciones eficientes sino evitar que una empresa con poder en el mercado de un determinado bien, pueda servirse de las mismas para falsear el desarrollo del proceso competitivo en un mercado diverso o, incluso, para reforzar el poder ya existente en el mercado del bien principal. La delimitación de las conductas cubiertas por esta categoría tiene, por tanto, que estar directamente relacionada con esta finalidad y orientada a la identificación de prácticas que posean este potencial anticompetitivo. Se hace preciso, por tanto, encontrar un criterio que actúe como filtro, excluyendo de la categoría de vinculación todas aquellas transacciones

empresariales en las que la unión entre bienes físicamente diferenciables constituya simplemente una manifestación de racionalidad económica.

La constatación de la existencia de mercados diversos para cada uno de los productos o servicios, objeto de una transacción empresarial, permite deducir la existencia de suficiente autonomía entre ellos como para que quepa hablar de productos diferenciados a efectos de confirmar la presencia de una práctica de vinculación. Si los principales riesgos anticompetitivos de los contratos vinculados radican en la posibilidad de alteración o trasvase de poder económico entre mercados, lógicamente sólo tiene sentido incluir dentro de la categoría conductas que repercutan sobre diversos mercados de productos o servicios. Así mismo, este parámetro resulta coherente desde un punto de vista económico. La inexistencia de mercados distintos permite deducir que resulta más eficiente –desde la doble perspectiva de eficiencia en la asignación y en la producción– la venta conjunta que la negociación individualizada de cada uno de los componentes integrantes de un paquete.

El criterio de los mercados diferenciados ha sido acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense y consideramos que es en este sentido, en el que ha de ser interpretada la prohibición europea de prestaciones vinculadas. Existirá “relación” entre las prestaciones en los casos en los que éstas tengan por objeto bienes o servicios, de tráfico en un único mercado, es decir, en los supuestos en los que, ya sea en atención a la propia naturaleza de los productos o bien, como consecuencia de las prácticas mercantiles, no exista, por parte de los operadores económicos, ni demanda ni oferta de la prestación presuntamente vinculada independiente de la prestación principal.

La valoración de los mercados implicados exige, en la práctica, el examen de las condiciones de demanda y oferta del producto vinculado. Estaríamos ante dos productos diversos siempre que exista demanda suficiente para la adquisición del producto vinculado independientemente del producto principal. El juicio de los consumidores puede ser conocido de forma directa, mediante la consulta a los destinatarios de los productos o

servicios ofertados o, ser deducido indirectamente de la estructura de la oferta del producto vinculado.

La aplicación de estos criterios permite identificar *prima facie* conductas susceptibles de causar daños o perjuicios a la competencia y excluir de la noción de contratos vinculados transacciones en las que la unión entre productos o servicios obedece, simplemente, a razones de pura –y obvia- eficiencia económica. Esto no excluye la necesidad de que cada caso concreto deba ser objeto de examen individualizado a fin de ponderar, tanto las lesiones concretas que de las transacciones comerciales puedan derivarse, como la existencia de justificaciones particulares que permitan compensar éstas y, por tanto, mantener la legalidad de la práctica desde la perspectiva de tutela del desarrollo competitivo de los mercados.

Otros criterios propuestos por la doctrina o por las autoridades judiciales, como el examen de la conducta pasada de la empresa demandada o la valoración del grado de fungibilidad entre los productos, pueden ser utilizados para reforzar o matizar las conclusiones que se deriven de la aplicación del test de la demanda, si bien, en ningún caso, deben utilizarse como parámetros exclusivos de determinación de los productos implicados a efectos de constatar la existencia de una práctica de vinculación. Las justificaciones empresariales a la conducta concreta tampoco resultan adecuadas, sin perjuicio de que hayan de ser valoradas en un momento posterior del análisis.

En el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, la identificación de las prestaciones implicadas se ha revelado especialmente problemática, debido fundamentalmente a la naturaleza inmaterial de los bienes que la conforman. Así, se ha planteado doctrinal y judicialmente la posibilidad de considerar que la marca constituye un producto diverso de los bienes o servicios que contraseña. A efectos de apreciar la existencia de una práctica de vinculación, la marca es difícilmente dissociable de los bienes o servicios que identifica, por lo que, sólo en circunstancias excepcionales, como en los casos de contratos de *merchandising* sobre marcas, cabría apreciar la existencia de productos diversos y, por tanto, de una práctica de vinculación, siendo el resto de los supuestos más

apropiadamente subsumibles dentro de la categoría de obligaciones de compra o aprovisionamiento exclusivo.

Por lo que respecta a las franquicias, el análisis destinado a la individualización de eventuales cláusulas de vinculación tiene que partir, necesariamente, del objeto complejo de este tipo de contratos, que radica en la transmisión de una fórmula o modelo de negocios empresarial. Ello determina que todo aquello que pueda considerarse un elemento esencial de ese modelo de empresa, no deba ser considerado un producto o prestación vinculada, sino un mero componente de un único producto –el modelo empresarial transmitido-. Por el contrario, lo que exceda de esa fórmula puede considerarse una prestación diversa y, consiguientemente, su inclusión en el contrato de franquicia, conformar los requisitos de caracterización de las prácticas de vinculación.

Determinados los parámetros con arreglo a los cuales delimitar los productos relevantes a efectos de aplicación de la prohibición, es preciso hacer una serie de consideraciones generales sobre el alcance que ha de serle dado al término “producto”.

En primer lugar, este vocablo ha de ser interpretado en un sentido amplio, susceptible de abarcar tanto cualquier tipo de bien, con independencia de su naturaleza, como la prestación de un servicio. Así, la vinculación puede referirse bien a la unión de bienes y servicios entre sí, bien a la vinculación exclusiva de productos o servicios.

La existencia de una práctica de vinculación no se excluye en los casos en los que los productos tengan la misma naturaleza, siempre que no sean fungibles entre sí, es decir, siempre que exista algún elemento de diferenciación entre ellos.

Por último, tampoco es requisito necesario que los productos sean suministrados por la misma empresa. Existe vinculación, tanto en los casos en los que una empresa supedita la venta de un producto a la compra de otro producto distinto a sí misma, como en los que la subordinación viene

referida a la adquisición de un segundo bien a un tercero designado por ella.

Una vez identificados los productos implicados en una transacción empresarial, el segundo paso del análisis dirigido a constatar la existencia de una práctica de vinculación, consiste en la determinación del tipo de ligamen o unión entre ellos. En principio, la propuesta de venta conjunta de dos bienes no levanta recelos desde la óptica del Derecho de la competencia, los problemas sólo se suscitan en el caso de que la adquisición de un bien se configure como un requisito necesario para la obtención de otro. El segundo elemento estructural de los contratos vinculados lo constituye, por tanto, la unión forzosa o atadura entre los bienes impuesta por el vendedor.

La interpretación de este requisito no ha sido pacífica y en su configuración se observa, sobre todo en el ámbito estadounidense, la exigencia de un elemento coercitivo, en el sentido de necesidad de una especial actitud anímica del comprador frente a la transacción ofertada. Así, este requisito vendría a suponer que sólo cabría hablar de vinculación entre productos cuando el comprador hubiera adquirido el segundo bien involuntariamente. No existiría un contrato vinculado, por el contrario, en los casos, de recepción favorable del comprador frente a la transacción propuesta, es decir, cuando cupiera presumir que éste, aún de no mediar una oferta de adquisición conjunta, hubiera adquirido igualmente ambos productos o servicios.

Esta distinción entre vinculación coaccionada y vinculación voluntaria ha de ser rechazada en cualquier caso. Su aparición obedece a circunstancias específicas del modelo de análisis de los contratos vinculados en el Derecho estadounidense, como la prohibición *per se* de estas prácticas, unido a la posibilidad de reclamación privada del triple de los daños sufridos como consecuencia de una conducta anticompetitiva. Pero la ponderación de la actitud del comprador frente a una determinada conducta del vendedor resulta inadecuada y sólo contribuye a distorsionar la valoración de los efectos sobre la competencia de una práctica, sin apenas aportar datos relevantes al respecto.

En primer lugar, la distinción entre compradores que quieren la vinculación y compradores que la rechazan resulta manifiestamente artificial y elucubrativa. Artificial desde el momento en que, cualquier comprador que adquiere dos productos o servicios enlazados está evidenciando que prefiere esa opción a cualquier otra alternativa disponible. No hay que olvidar que una alternativa que no posee es, obviamente, la adquisición individualizada de los bienes que integran el paquete único ofertado. Elucubrativa, ya que se apoya en una indagación de imposible constatación, cuál es la determinación de la previsible actitud del comprador en ausencia de una oferta conjunta por parte del vendedor.

Pero, es sobre todo la propia finalidad y el papel atribuido a la normativa en materia de competencia la que nos permite descartar la necesidad de coerción, entendida en el sentido de resistencia u oposición, como elemento sustantivo de una práctica de vinculación. En efecto, el Derecho de la competencia sujeta a examen conductas empresariales potencialmente lesivas de la estructura y funcionamiento de los mercados. Los efectos nocivos para el desarrollo del proceso competitivo generalmente asociados a las prácticas de vinculación, tales como la exclusión de competidores del mercado del producto vinculado o la erección de barreras de entrada, no dependen, en última instancia, de una determinada respuesta del comprador frente a las mismas.

Ni la existencia ni la anticompetitividad de una práctica de vinculación dependen, por tanto, del hecho de que una transacción comercial se haya realizado contra la voluntad del adquirente o destinatario de la misma. Consiguientemente, el juicio dirigido a valorar la presencia de los elementos materiales o sustantivos ha de estar orientado exclusivamente por el examen de la conducta del vendedor. En este sentido, existirá una práctica de vinculación cuando éste haya estructurado una venta bajo condición, es decir, cuando la empresa no ofrezca una opción de adquisición del producto principal sin el producto vinculado, y ello con independencia del tipo de recepción, hostil o favorable, que esta conducta suscite en el destinatario de la misma.

La unión o atadura entre productos diversos puede arbitrarse de muy diversas formas. Así, ésta puede establecerse mediante una cláusula contractual expresa, resultar de la propia configuración física o naturaleza del producto ofertado o, incluso, deducirse de la política comercial de una empresa. En efecto, ésta puede ser articulada de tal modo que, ya sea mediante el ofrecimiento de ventajas o incentivos de naturaleza económica o, por el contrario, a través de presiones o amenazas, conduzca al mismo resultado práctico que una vinculación explícita, necesidad de que el comprador adquiriera un segundo producto a fin de poder obtener un primero.

CAPÍTULO III.- EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA ANTIMONOPOLIO EN MATERIA DE VINCULACIÓN

I. PANORÁMICA

Si el análisis de los elementos estructurales o sustantivos de la práctica objeto de examen, ha puesto de manifiesto las dificultades asociadas a la delimitación de la figura, no menos problemática resulta la valoración de los efectos sobre la competencia de la misma. El profesor FERNÁNDEZ-NÓVOA, destacó muy acertadamente una nota característica de la política antimonopolio estadounidense frente a los contratos vinculados: la “incertidumbre”¹. Consideramos que esta reflexión puede hacerse extensible a la política comunitaria europea en la materia, la cual adolece, en cierta medida, del mismo defecto.

La evaluación de la incidencia competitiva de las prácticas de vinculación ha suscitado a ambos lados del océano –si bien con una especial intensidad en el ámbito estadounidense- una encendida polémica doctrinal y jurisprudencial. Determinadas posturas defienden el carácter intrínsecamente anticompetitivo de la conducta y la consiguiente necesidad de una represión normativa rigurosa. Frente a las mismas, otros sectores mantienen que los efectos de las prácticas de vinculación son generalmente beneficiosos –o, a lo sumo, neutrales- para la competencia, lo que exige una actitud benevolente frente a las mismas. A su vez, existen posiciones intermedias que resaltan el doble potencial anti y procompetitivo de estas conductas y propugnan un modelo de análisis flexible que tenga en cuenta esta ambigüedad competitiva. El examen de los principales pronunciamientos jurisprudenciales revela también la ausencia de una línea de razonamiento uniforme y un elevado grado de inconsistencia en la

¹ FERNÁNDEZ-NÓVOA: “Persiste la incertidumbre acerca del régimen aplicable a los tying arrangements”, 10, ADI, 1984-1985, pp. 571 y ss.

interpretación del alcance de las normas prohibitivas de las prácticas de vinculación.

¿Por qué resulta tan complejo el enjuiciamiento antimonopolio de las prácticas de vinculación? ¿Cómo es posible que sobre la valoración de los efectos de una conducta existan posiciones, no ya discrepantes, sino manifiestamente contradictorias?

No existe una respuesta unitaria frente a estos interrogantes. Un primer elemento de dificultad reside en la amplísima variedad tipológica que encuentra cabida dentro de la categoría definida como contrato vinculado. Además, la complejidad y polémica que informa la valoración de las prácticas de vinculación es reflejo, en muchos casos, del debate más general sobre las funciones y objetivos del Derecho de la libre competencia. La distinta concepción del ilícito competitivo genera necesariamente posturas discordantes sobre la potencialidad lesiva de los contratos vinculados. A su vez, incluso en los casos en los que existe un mínimo consenso sobre los concretos efectos de las conductas empresariales que han de ser tomados en consideración a fin de determinar su compatibilidad o no con las normas antimonopolio, la unanimidad desaparece a la hora de precisar el modelo con arreglo al cual valorar esos efectos. Por último, el alcance y la flexibilidad con la que venga configurada la prohibición así como los estándares analíticos de aplicación de la misma influyen inevitablemente en las conclusiones jurisprudenciales y opiniones doctrinales en materia de valoración *antitrust* de las prácticas.

En primer lugar, la valoración histórica de cualquier tipo de conducta desde la óptica del Derecho de la libre competencia, necesariamente ha de partir de la identificación de los objetivos asignados a esta rama del ordenamiento jurídico en cada momento. De igual modo, un análisis comparado entre distintas jurisdicciones debe tomar en consideración la posibilidad de que la naturaleza del ilícito competitivo no venga entendida de forma coincidente en cada una de ellas. Como hemos tenido ocasión de examinar detalladamente en el primer capítulo de este trabajo, el Derecho *antitrust* es un sector especialmente dinámico y flexible que, a lo largo del tiempo, ha dado cobijo a intereses de la más variada naturaleza -

económicos, sociales y políticos- y que, prácticamente desde su nacimiento, se ha visto sometido a un proceso continuo de redefinición de su alcance y funciones². Este carácter mutable del Derecho de la competencia se pone especialmente de manifiesto en el terreno de las prácticas de vinculación. Tanto en Europa como en EE.UU. se observa una evolución en el tratamiento de estas conductas. Partiendo de posturas iniciales muy restrictivas y juicios abiertamente hostiles se va evolucionando hacia posiciones más tolerantes, que engloban desde manifestaciones extremas a favor de la inaplicabilidad de la normativa *antitrust* a estas prácticas³ hasta posturas más conciliadoras que, rechazando *ab initio* un posicionamiento decantadamente a favor o en contra, defienden la necesidad de ponderación de los efectos restrictivos o beneficiosos de las prácticas en el marco de un análisis individualizado. Este cambio progresivo de juicio no es más que la consecuencia de la evolución en el orden de intereses protegidos por el Derecho de la competencia. Como tendremos ocasión de analizar pormenorizadamente en los apartados siguientes y, especialmente, en el próximo capítulo, el enjuiciamiento inicial de los contratos vinculados, en ambos sistemas, estaba más focalizado a las repercusiones negativas que de esa conducta podrían derivarse para el desarrollo de un proceso competitivo “justo”, es decir, articulado sobre la base de los méritos empresariales, que a su posible incidencia en la estructura o funcionamiento de los mercados. A medida que el foco de interés del Derecho *antitrust* va desplazándose, desde concepciones de pura “justicia” o “lealtad” en abstracto de las conductas consideradas, a la valoración de los efectos reales de las prácticas sobre las condiciones de los mercados, se observa una apertura hacia posiciones menos tajantes de ilicitud. Apertura derivada de que los efectos económicos de la conducta no resultan de manera evidente, dependiendo en gran medida, de las circunstancias específicas de cada caso.

² Vid. *supra*, Capítulo I.

³ Vid. *ad. ex.*: BAYS: “Balancing the benefits and costs of the tying prohibition”, 28 *ABLJ*, 1990-1991, pp.161 y ss.; IDEM: “Tying arrangements should be per se legal”, 26, *ABLJ*, 1988, pp. 625 y ss.

Otro elemento que contribuye a la confusión en este terreno se deriva de que, incluso cuando existe consenso sobre los intereses que deben ser tutelados por el Derecho *antitrust*, pueden producirse discrepancias a la hora de concretar los modelos con arreglo a los cuales valorar la eventual colisión de una práctica empresarial con los intereses tutelados. Así, por ejemplo, en el ámbito estadounidense dos escuelas de pensamiento, la escuela de Chicago y la conocida como escuela Post-Chicago, comparten un entendimiento del Derecho de la libre competencia en clave exclusivamente económica. Ambas defienden que el objetivo primordial de las normas *antitrust* es la sanción de conductas capaces de conducir a la creación o al refuerzo de posiciones de poder en el mercado, entendido éste en su sentido más puramente económico, de capacidad de incremento de los precios mediante restricciones artificiales de la producción. Las divergencias surgen en la determinación de los factores que han de ser ponderados y los modelos de análisis económico que han de ser utilizados a fin de concretar si una práctica posee ese potencial lesivo. Los miembros de la Escuela de Chicago y autores afines a sus posturas utilizan modelos de análisis estático, como la teoría neoclásica de los precios, así como una serie de presunciones sobre el funcionamiento de los mercados (inexistencia de costes de transacción, relativización de la importancia de las barreras de entrada, etc.), que les lleva a afirmar la práctica imposibilidad de que a través de las prácticas de vinculación puedan producirse efectos lesivos de la competencia. Una relajación de estas presunciones, junto a la utilización de otros modelos de análisis económico, como la teoría de los juegos, conduce a los miembros adscritos a la corriente de pensamiento Post-Chicago, a matizar esta afirmación, y a la identificación de determinadas circunstancias en las que resulta factible que la práctica de vinculación ocasione restricciones de la producción en un determinado mercado⁴.

Aún más evidente resulta la diferente concepción del papel que a la competencia incumbe en la consecución del objetivo económico de la eficiencia asignativa y productiva, en el ámbito europeo y en el americano. La política comunitaria de la competencia, influida en gran medida por las

⁴ Vid., con carácter general, sobre los principios y modelos de análisis Post-Chicago, AA.VV.: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, cit.

tesis estructuralistas de la Escuela de Harvard, que ejercieron un impacto significativo en la conformación del Derecho *antitrust* estadounidense durante los años sesenta y setenta⁵, concede gran relevancia a los efectos de una práctica empresarial, no sólo en los resultados económicos inmediatos de un mercado, sino también en la estructura de los mismos, en el convencimiento de que una modificación de la estructura de los mercados, puede influir en el medio y largo plazo, en su funcionamiento y resultado (*structure-conduct-performance paradigm*). El Derecho comunitario europeo considera la estructura competitiva y dinámica de los mercados un interés digno de protección⁶.

Igualmente relevante para una correcta valoración de las prácticas de vinculación es la existencia de un parámetro analítico adecuado que permita ponderar todos los intereses afectados. Si algo resulta evidente de la evolución de la política *antitrust* frente a estas conductas es la ambigüedad de sus efectos sobre la competencia, de ahí la importancia de una configuración flexible de la prohibición y de los estándares sobre los que se apoya el juicio de valoración de estas prácticas.

El examen del Derecho estadounidense ejemplifica la trascendencia que reviste la fijación del marco analítico de valoración en la determinación de la compatibilidad de una práctica de vinculación con el Derecho de la libre competencia. La sujeción de estas conductas a una regla de prohibición *per se* cualificada, obedeció a una determinada concepción del ilícito competitivo y de los objetivos perseguibles a través de la normativa *antitrust*. Frente a la regla de razón o *rule of reason* que exige, antes de concluir sobre la ilicitud de una determinada práctica empresarial, un análisis individualizado de los efectos reales de la misma sobre los mercados afectados ⁷, la prohibición *per se* presume *iuris et de iure* los

⁵ Vid. FOX: "What is harm to competition?...", *cit.*, pp. 392 y ss.

⁶ Vid. HILDEBRAND: "The European School in EC Competition Law", 25, *World Competition*, 2002, pp. 3 y ss. Para una visión global de los objetivos protegidos en el Derecho europeo de la competencia, vid. *supra*, Capítulo I.II. B y C.

⁷ El enjuiciamiento de una conducta o práctica empresarial con arreglo a la regla de razón exige al demandante, no sólo la prueba de la presencia de los elementos estructurales de la conducta, sino de la existencia de lesiones efectivas de la

efectos nocivos de una conducta⁸. La ilicitud se deduce automáticamente, por tanto, si se prueban los elementos integrantes de la conducta prohibida⁹. La evolución en las funciones atribuibles al Derecho *antitrust* y las aportaciones de las distintas escuelas de pensamiento económico -a través de la identificación de distintos beneficios asociados a las prácticas de vinculación- pusieron de manifiesto la inadecuación de una prohibición *per se* como tipología disciplinar de estas conductas¹⁰. De hecho, ésta va a ser denunciada como un corsé formal que impide evaluar el verdadero impacto de la vinculación en la estructura y en el funcionamiento de los mercados, que obstaculiza la posibilidad de atender a eventuales beneficios económicos u otro tipo de justificaciones de la conducta, y cuya aplicación estricta genera un peligro de represión de prácticas comerciales eficientes.

En Europa, si bien el marco normativo de valoración, es, en principio, mucho más flexible, ya que tanto, el artículo 81.3 como el artículo 82 del Tratado CE permiten una baremación de intereses, la actitud de las

competencia en los mercados afectados. A su vez, el demandado podría contestar no sólo la presencia de esos efectos anticompetitivos sino además alegar justificaciones empresariales que permitan compensarlos. Vid. AREEDA: "The rule of reason -A catechism on competition", 55, *ALJ*, 1986, pp. 571 y ss.

⁸ Vid. *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1(1958): "En el caso de las prácticas empresariales cubiertas por una prohibición *per se* se presume *iuris et de iure* su irracionalidad y, por tanto, su ilegalidad, sin necesidad de llevar a cabo una investigación pormenorizada del daño concreto derivado de las mismas, o de las posibles justificaciones empresariales de su utilización". Sobre la lógica y fundamento de las prohibiciones *per se*, vid. BAYS: "Tying arrangements should be *per se* legal", *cit.* p. 649 e, *in extenso*: KAYSEN/TURNER: *Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis*, Cambridge, 1971, pp. 142 y ss.

⁹ La empresa demandada sólo puede contestar, por tanto, la existencia de los elementos estructurales o configuradores de la práctica prohibida.

¹⁰ Como señala TURNER: "The validity of tying arrangements under the *antitrust* laws", 72, *Harvard L.Rev.*, 1958, pp. 59 y ss., una prohibición *per se* de una determinada práctica empresarial sólo estaría justificada si de la misma sólo se derivan efectos anticompetitivos, si aunque a través de ella puedan conseguirse efectos beneficiosos, estos también podrían ser alcanzados mediante alternativas menos restrictivas de la competencia o, por último, si, en cualquier caso, los daños derivados de la conducta son siempre mucho mayores que los eventuales beneficios que pudiera esperarse de la misma. TURNER considera, no obstante, que las prácticas de vinculación satisfacen estos requisitos y valora positivamente su enjuiciamiento desde una perspectiva de prohibición *per se*, sin necesidad de probar la existencia de poder en el mercado del producto principal ni de examinar eventuales justificaciones a las mismas. La mayoría de la doctrina estadounidense, sin embargo, rechaza la adecuación de las prohibición *per se* en relación con las prácticas de vinculación y aboga por un modelo de análisis más flexible.

autoridades en materia de la competencia, y fundamentalmente, de la Comisión Europea, al menos, en una primera etapa, frente a las prácticas de vinculación es abiertamente hostil. El examen de la casuística comunitaria pone de relieve como, en numerosas ocasiones, se ha procedido casi a una prohibición *per se* de las prácticas, sin atender a los efectos reales o al verdadero potencial lesivo de las mismas, y sin entrar a analizar seriamente las justificaciones alegadas por las empresas demandadas.

La comprensión, tanto del tratamiento que históricamente han recibido las prácticas de vinculación, como del juicio que ha de serles dispensado en la actualidad, exige tener en cuenta las circunstancias señaladas. Circunstancias que no pueden ser olvidadas tampoco en aras a un adecuado seguimiento de los acalorados debates científicos en la materia, sobre los cuales compartimos la reflexión de CUCINOTTA de que “un examen atento de las distintas propuestas y discusiones puede provocar la impresión de que los contendientes, en muchas ocasiones, no están ocupándose del mismo problema”¹¹.

El objeto del presente capítulo radica en el examen de la evolución de la política antimonopolio frente a las prácticas de vinculación, tanto en el marco estadounidense como en el comunitario europeo. Examen que nos permitirá la identificación de los distintos riesgos anticompetitivos asociados tradicionalmente a estas figuras empresariales, los cambios que la valoración de las mismas ha ido experimentando a lo largo del tiempo, así como la constatación de las principales diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos. Cuestiones, todas ellas, que serán analizadas, en profundidad, en los dos últimos capítulos del trabajo, dedicados a los concretos efectos sobre la competencia, negativos y positivos, de estas conductas.

¹¹ Vid. CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, p. 96.

II. EVOLUCIÓN Y PANORAMA ACTUAL DE LA POLÍTICA ANTITRUST ESTADOUNIDENSE¹²

A) RASGOS GENERALES

Diversos rasgos permiten caracterizar la política americana en materia de prácticas de vinculación. En primer lugar, la existencia de una abundante litigiosidad, ya desde las primeras etapas de conformación del Derecho *antitrust* estadounidense. En segundo lugar, la política carece de una orientación lineal y ha estado sujeta a un continuo proceso de evolución y redefinición. Por último, en esta evolución se observa, frecuentemente, una cierta inconsistencia y la existencia de posiciones discrepantes, que han convertido el tratamiento de los contratos vinculados en una de las cuestiones más polémicas del Derecho americano en materia de libre competencia. Así, por ejemplo, un importante indicio de la complejidad de valoración de estas conductas, radica en la existencia de frecuentes contradicciones, no ya sólo entre el Tribunal Supremo y los tribunales inferiores, sino incluso dentro del máximo órgano judicial,

¹² La bibliografía sobre la evolución de la política *antitrust* estadounidense en materia de prácticas de vinculación es extensísima. Recogemos aquí sólo algunas aportaciones al respecto, que consideramos especialmente completas e ilustrativas. Vid.: AREEDA: *Antitrust Analysis*, *cit.*, pp. 568 y ss.; BAKER: "The Supreme Court and the Per Se Tying Rule", *cit.*, pp. 1268 y ss.; BAUER: "A simplified Approach to Tying Arrangements", *cit.*, pp. 283 y ss.; BORK: *The Antitrust Paradox*, *cit.* pp. 365 y ss.; CUCINOTTA: "Il regime monopolistico delle tying clauses", *cit.*, pp. 71 y ss.; FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, *cit.* pp. 644 y ss.; GELLHORN/KOVACIC: *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, *cit.*, pp. 326 y ss.; HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*, St.Paul, Minn. 1994, pp. 350 y ss.; IDEM: *Antitrust*, *cit.*, pp. 147 y ss.; KAPLOW: "Extension of monopoly power through leverage", 85, *Col.L.Rev.*, 1985, pp. 515 y ss.; KRAMER: "The Supreme Court and Tying Arrangements", *cit.*, pp. 1013 y ss.; NOTE: "The Logic of Foreclosure: Tie-in Doctrine after Fortner v. U.S. Steel", 79, *Yale Law Journal*, 1969, pp. 86 y ss.; PEARSON: "Tying arrangements and the antitrust policy", *cit.*, pp. 626 y ss.; POSNER: *Antitrust. Cases. Economic Notes and other material*, *cit.*, pp. 579 y ss.; IDEM: *Antitrust Law*, Chicago, 2001, pp. 197 y ss.; STRASSER: "An Antitrust Policy for Tying Arrangements", *cit.*, pp. 253 y ss.; SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, *cit.*, pp. 260 y ss.

discrepancias y divisiones entre los magistrados manifestadas en forma de votos particulares¹³.

La valoración de las conductas de vinculación encuentra cabida en el ámbito estadounidense bajo una pluralidad de normas. En primer lugar, la *Clayton Act* de 1914 las contempla de forma específica en su sección 3. También son de aplicación las prohibiciones más generales contenidas en las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*, que sancionan, respectivamente, los acuerdos restrictivos de la competencia y los actos de monopolización de mercados; así como la contenida en la sección 5 de la *FTC Act*, que prohíbe la utilización de medios de competencia desleales. La existencia de este abanico normativo que implica la posibilidad de que una misma conducta sea enjuiciada con arreglo a una pluralidad de normas no ha contribuido, precisamente, a dotar de coherencia a la política en la materia. Antes bien, el diseño de distintos estándares o parámetros de determinación de la anticompetitividad de la conducta, dependiendo de la norma con arreglo a la cual ésta fuera evaluada, contribuyó a oscurecer la, ya de por sí, difícil interpretación de los requisitos necesarios para que una práctica de vinculación pudiera ser considerada un ilícito competitivo¹⁴. Pese a la

¹³ Vid. por ejemplo, la existencia de importantes divisiones entre los magistrados del Tribunal Supremo, en algunas de las principales sentencias en materia de prácticas de vinculación: *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953); *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958); *Fortner Enterprises v. United States Steel*, 349 U.S. 495 (1969); *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 446 U.S. 2 (1984); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, 504 U.S. 451 (1992).

¹⁴ Con anterioridad a la aprobación de la *Clayton Act* en 1914, la posibilidad de que a través de la normativa *antitrust* se pudieran sujetar a control las prácticas de vinculación resultaba problemática. De hecho, el Tribunal Supremo había manifestado sus dudas sobre la aplicabilidad de la sección 1 de la *Sherman Act* a estas conductas [*Henry v. A.B. Dick Co.*, 224, U.S. 1, (1912)]. La generalización de determinadas prácticas empresariales, por las cuales el titular de un derecho de patente condicionaba la licencia a la obligación de adquisición de determinados productos no protegidos por el derecho de exclusiva y la apertura de un proceso contra la *United Shoe Machinery Co.* por una práctica similar, suscitó el temor popular de que este tipo de conductas quedaran impunes. Clamor que se encuentra en la base de la aprobación de la sección 3 de la *Clayton Act*. A través de esta norma se buscó la cobertura específica desde el Derecho de la libre competencia de las prácticas de vinculación (vid. KRAMER: "The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History", *cit.*, pp. 1017 y ss.) De hecho, durante la primera mitad del siglo XX, el enjuiciamiento de las conductas de vinculación se llevará a cabo exclusivamente con arreglo a la sección 3 de la *Clayton Act* y a la sección 5 de la *FTC Act*. El Tribunal Supremo estableció

existencia de estas distinciones iniciales, se ha ido produciendo una paulatina unificación de los estándares legales de valoración de las prácticas de vinculación, al menos por lo que a la sección 1 de la *Sherman Act* y la sección 3 de la *Clayton Act* se refiere, de modo que, tanto, la doctrina¹⁵ como la jurisprudencia¹⁶, han coincidido en señalar que, actualmente, los mismos factores y criterios han de ser ponderados en

claramente en el caso *United States v. United Shoe Machinery Co. (United Shoe I)*, 247 U.S. 32 (1918), que las cláusulas de vinculación no se encontraban prohibidas por la sección 1 de la *Sherman Act*. La situación cambiará a partir de 1947, año en el que se decide el caso *International Salt*, por el que el Tribunal Supremo prohíbe, por primera vez, una práctica de vinculación bajo la sección 1 de la *Sherman Act*, lo que supone un abandono implícito de *United Shoe I* y el reconocimiento expreso de la aplicabilidad de la Ley Sherman a estas conductas. Aplicabilidad que se reafirma en el caso *Times-Picayune Publishing Co. v. United States* de 1953, en el que el Tribunal Supremo establece un doble test para el enjuiciamiento de los contratos vinculados, distinguiendo entre la sección 1 de la *Sherman Act* y la sección 3 de la *Clayton Act*. En el primer caso, era necesario que el demandante probara tanto la tenencia de una posición de dominio en el mercado del producto principal, como la existencia de una restricción sustancial del volumen de negocios en el mercado del producto ligado. En el segundo, bastaba con que se probara uno solo de estos requisitos. La idea que subyace a esta dualidad de parámetros de valoración es que la sección 1 de la *Sherman Act* sólo cubre lesiones efectivas de la competencia, mientras que la sección 3 de la *Clayton Act* está diseñada para prevenir daños potenciales.

El principal problema que planteaba la existencia de dos estándares diferenciados era que abría la posibilidad de condena de una práctica de vinculación sin necesidad de que existiera poder en el mercado del producto principal, lo que recibió los más duros ataques de la doctrina (vid. *ad.ex.* BAKER: “*The Supreme Court and the Per Se Tying Rule*”, *cit.*, p. 1294). En la práctica, no obstante, la distinción no fue tan significativa. Hasta la resolución del caso *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises Inc., (Fortner II)*, 429 U.S. 610 (1977), el requisito de poder de mercado no jugó un papel relevante, ni bajo la *Sherman* ni bajo la *Clayton Act*. A partir de *Fortner II* y *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, se va a exigir ese poder en cualquier caso y con independencia de la norma bajo la cual se examine la eventual anticompetitividad de la práctica de vinculación.

¹⁵ Vid. CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, p. 93; HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, *cit.* p. 360, “Actualmente carece de todo sentido defender la ilusión de distintos parámetros de valoración de los contratos vinculados bajo la *Sherman* o la *Clayton Act*”; SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, *cit.*, p. 256.

¹⁶ Vid. *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*. También los tribunales inferiores han defendido la inexistencia de diferencias reales en los parámetros de valoración de una práctica de vinculación bajo la *Sherman* o la *Clayton Act*. Vid. *Moore v. Jas H. Matthews & Co.*, 550 F.2d. 1207 (9th Cir, 1977): “Las diferencias en la práctica entre los dos estándares han ido progresivamente desapareciendo desde el intento del juez Clark de dibujar una fina línea entre ambos”; *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc.*, 737 F 2d 698 (7th Cir, 1984): “los tests de valoración son muy similares, quizás idénticos...”; *Mozart Co. v. Mercedes Benz of N. Am.*, 833 F.2d 1342 (9th Cir. 1987); *Grappone v. Subaru of New England*, 858 F2d 792 (1st Cir. 1988).

aplicación de cualquiera de las dos normas¹⁷. Petición que, algunos sectores doctrinales, hacen extensible a la aplicabilidad de la sección 5 de la *FTC Act*¹⁸, cuya interpretación, si bien ha sido generalmente menos exigente que en el resto de normas, está sufriendo, al menos en otros sectores del Derecho *antitrust*, un progresivo endurecimiento, que podría hacerse extensible al ámbito de la vinculación¹⁹.

¹⁷ Así, la condena *per se* de las prácticas de vinculación con arreglo a cualquiera de las dos normas requiere la concurrencia de tres elementos: existencia de dos productos diferenciados, una posición de poder económico en el mercado del producto principal y, por último, la afectación sustancial del comercio en el mercado del producto vinculado (Vid. *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*). Por tanto, la existencia de poder en el mercado del producto principal constituye actualmente, un requisito necesario para apreciar la anticompetitividad de una práctica de vinculación con independencia de la norma que se aplique. Quizás, hoy por hoy, la única diferencia entre ambas normas, radique en el menor alcance de la sección 3 de la *Clayton Act*, cuyo tenor literal hace referencia exclusivamente a la vinculación entre productos o mercancías, por lo que si uno –o ambos– de los elementos unidos o enlazados viene constituido por un servicio, necesariamente habrá de ser aplicada la *Sherman Act*.

¹⁸ Defiende la necesidad de un único parámetro de valoración de los contratos vinculados, con independencia de la norma aplicable al caso concreto, HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, *cit.*, p. 361.

¹⁹ La sección 5 de la *FTC Act* prohíbe competir utilizando medios “injustos o desleales”. La interpretación jurisprudencial de este precepto ha incluido dentro del concepto de métodos injustos las conductas que vulneran la *Clayton* o la *Sherman Act*, por lo que si una práctica de vinculación es considerada ilícita con arreglo a estas normas, también constituirá una violación de la sección 5 de la *FTC Act*. Los principales problemas de aplicabilidad de este precepto se plantean desde la consideración del supuesto inverso, es decir, si una conducta que no vulnera la sección 1 de la *Sherman Act* o la sección 3 de la *Clayton Act*, puede, no obstante, constituir una práctica sancionada por la sección 5 de la *FTC Act*.

Las primeras interpretaciones judiciales de este precepto defienden esta posibilidad. Así, en materia de vinculación, existe una línea de casos, en los que se sancionan estas conductas, pese a la inaplicabilidad a las mismas de las prohibiciones contenidas en la *Sherman* y *Clayton Act*. El Tribunal Supremo estableció un parámetro de responsabilidad muy amplio en el caso *FTC v. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 316, (1966), en el que confirmó la decisión de la FTC de condenar la práctica con arreglo a la cual la empresa Brown Shoe proporcionaba servicios especiales a sus franquiciados a cambio del compromiso de éstos de concentrar sus esfuerzos de venta y promoción en los zapatos de la empresa. El Tribunal sostuvo que este acuerdo podía ser sancionado bajo la sección 5 de la *FTC Act*, sin necesidad de que el demandante probara, como era exigido generalmente en una demanda bajo la *Clayton* o la *Sherman Act*, la existencia de efectos anticompetitivos. De hecho, en el caso concreto, la posibilidad de que del acuerdo se derivara un daño real a la estructura o al funcionamiento de los mercados era altamente improbable, dado que las empresas a las que se había impuesto este compromiso, no constituían más que el uno por ciento del mercado nacional de zapaterías. El Tribunal fundamentó el mantenimiento de la decisión de la agencia administrativa y justificó su rechazo a la necesidad de prueba de efectos

B) JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En la evolución de la política estadounidense se distinguen tradicionalmente, al menos, las tres siguientes etapas. Un primer periodo, que abarca, aproximadamente, la primera mitad del siglo XX, caracterizado por la inexistencia de un parámetro general de valoración de estas conductas, por el análisis en función de las características del caso concreto, y por el recelo en los supuestos de implicación de un derecho de propiedad industrial. En 1946, se decide el caso *International Salt*, que supondrá la inauguración de una segunda etapa, definida por un recrudecimiento de la política *antitrust* frente a estas conductas, la consolidación de una regla de prohibición *per se* de las mismas y una interpretación progresivamente restrictiva de los elementos desencadenantes de la prohibición. Este periodo se extiende hasta mediados de los años setenta, concretamente, la sentencia *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises Inc. (Fortner II)* de 1977, abre un nuevo periodo de valoración de los eventuales efectos anticompetitivos de las prácticas de vinculación, desde una perspectiva más rigurosa desde el punto de vista económico. Las nuevas concepciones del ilícito competitivo, y

anticompetitivos, en el argumento de que esta norma confería a la *FTC Act*, el poder de “frenar conductas potencial o incipientemente restrictivas del comercio, sin necesidad de demostrar que éstas constituían a su vez, violaciones de la sección 3 de la *Clayton Act* o de otras disposiciones normativas en materia *antitrust*”.

Esta norma también ha sido objeto de aplicación en supuestos en los que la posibilidad de actuación a través de la *Clayton Act* era dudosa. Así, por ejemplo, en los casos en los que el producto vinculado no era suministrado por la misma empresa que ofertaba el producto principal, sino por un tercero del que ésta obtenía un interés financiero (Vid. los famosos casos “TBA”, *cit.*). La redacción literal de la *Clayton Act* parece ceñir las conductas de vinculación a los supuestos en los que la misma empresa suministra tanto el producto principal como el producto vinculado, (“competidor o competidores del arrendador o vendedor”). Vid. BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.* pp. 315 y ss.; SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, *cit.* p. 278.

Si bien las primeras interpretaciones de la sección 5 de la *FTC Act*, han venido orientadas a la aplicación extensiva de este precepto, recientemente, en otros contextos (por ejemplo, en materia de oligopolio y coordinación anticompetitiva) los tribunales han mantenido una orientación más estricta, exigiendo a la FTC la prueba, en todo caso, de los efectos anticompetitivos de la conducta atacada bajo la sección 5. Vid, caso *Ethyl* [In re *Ethyl Corp.* 101 FTC 425 (1983), *vacated sub nom.* E.I. du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128 (2d Cir. 1984)].

la redefinición de los objetivos adscritos al Derecho *antitrust* por la Escuela de Chicago, ejercerán una cierta influencia en la conformación de los parámetros de valoración de estas conductas, si bien, los éxitos o trascendencia de esta escuela de pensamiento, son menores en este área, que en otros sectores también objeto de revisión, como los precios predatorios o la imposición de restricciones a la libre fijación de precios en contratos verticales.

1. Primera mitad del siglo XX

La primera valoración por parte del Tribunal Supremo de la legalidad de las prácticas de vinculación se realizó en aplicación, no de la normativa *antitrust*, sino de la legislación en materia de patentes. En el caso *Henry v. A.B.Dick Co.*²⁰, se examinó el contenido de un contrato, por el que la empresa titular de una patente sobre una fotocopiadora, condicionaba su licencia a que el licenciataria se obligara a adquirirla, a su vez, el papel, la tinta y otros suministros de utilización con la máquina. El Tribunal sostuvo que la titularidad de una patente llevaba implícita la facultad de condicionar la venta de la máquina patentada a la obligación del adquirente de utilizar exclusivamente en ella, productos no patentados proporcionados por el titular de la patente²¹. La *Sherman Act* fue mencionada sólo de forma colateral, considerándose que no podía constituir una defensa frente a una demanda de infracción del derecho de propiedad industrial implicado²².

²⁰ 224 U.S. 1 (1912).

²¹ Esta interpretación del contenido y fundamentos del derecho de patente, había sido ya defendida dieciséis años antes, por el Tribunal del Sexto Circuito en un caso similar, *Heaton Peninsular Button-Fastener Co. v. Eureka Specialty Co.*, 77 F.288 (6th Cir. 1896).

²² ... “Se nos ha planteado, además, la cuestión de si el contrato celebrado entre las partes en relación con los artículos patentados es conforme con la *Sherman Act*. Si bien es cierto, que este mismo tribunal ha extendido el alcance de esta norma a toda restricción del comercio, razonable o irrazonable (...), la ley no se refiere, en ningún caso, al tipo de restricciones del comercio interestatal que podrían derivarse de las condiciones impuestas al licenciataria de una patente por parte de su titular,

Razonamiento que es reproducido un año más tarde en el caso *United States v. Winslow*²³.

Esta falta de coordinación entre las normas en materia de libre competencia y de propiedad industrial y la presunta inhabilidad de la *Sherman Act* para cubrir las conductas de vinculación entre productos generaron un descontento y una preocupación popular, alimentados también por una insatisfacción generalizada sobre la eficacia real de la Ley Sherman tras las interpretaciones llevadas a cabo de su alcance por el Tribunal, en concreto, por la afirmación expresa de que la norma sólo sancionaba las prácticas restrictivas “no razonables”²⁴.

En lugar de modificar la *Sherman Act* o introducir una referencia expresa sobre su aplicabilidad a las prácticas de vinculación –al menos, en los casos, en los que estuvieran implicados derechos de propiedad industrial-, la solución finalmente adoptada por el gobierno demócrata de Woodrow Wilson fue la aprobación de normativa *antitrust* complementaria: la *FTC Act* y la *Clayton Act*, prohibiéndose de forma específica las prácticas de vinculación en la sección 3 de esta última norma.

El primer caso en materia de vinculación del que conoció el Tribunal Supremo tras la aprobación de la *Clayton Act* fue *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing*²⁵ que, si bien decidido con arreglo a la

restringiendo la forma en la que puede ser usado el producto objeto de la patente o el precio que puede ser exigido por el mismo. No tenemos ninguna duda de que una interpretación contraria sobre el alcance de la norma, no fue nunca contemplada por sus creadores”.

Ahora bien, en este caso se produjeron también una serie de opiniones disidentes, concretadas en los votos particulares de los jueces WHITE, HUGHES y LAMAR que alertaban sobre el riesgo que para el desarrollo del proceso competitivo podía derivarse de una interpretación tan amplia y generosa del contenido del derecho de patente.

²³ 227 U.S. 202, (1913). Vid. SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, cit., p. 260.

²⁴ Vid. en general, sobre los primeros años de aplicación de la *Sherman Act* y el clima en el que se produjo la aprobación de la *FTC Act* y de la *Clayton Act*, *supra*, Capítulo I. II.B.1, 1.1. y II.B.2, 2.1.

²⁵ 243 U.S. 502 (1917).

normativa y principios del derecho de patentes, interpreta éstos con referencia a la recién aprobada *Clayton Act*. Así, se afirma la ilicitud de las cláusulas de vinculación de un producto patentado a un producto no patentado en los contratos de licencia de patentes, al considerar que éstas constituyen un supuesto de abuso del derecho de patente o *patent misuse*²⁶, conclusión que se refuerza con una referencia directa a la *Clayton Act* como manifestación expresa de la intención del legislador de reprimir este tipo de prácticas empresariales²⁷

La *Clayton Act* no tuvo tanto éxito en la conformación de la voluntad del Tribunal Supremo en el caso *United States v. United Shoe Machinery Corp. (United Shoe I)*²⁸, iniciado con anterioridad a la aprobación de la norma, en el que se examinaba la compatibilidad de una práctica de vinculación con la sección 1 de la *Sherman Act*²⁹. El objeto de

²⁶ Por lo que se refiere a las circunstancias de hecho del caso analizado, la empresa Motion Picture era titular de una patente sobre un aparato de proyección de películas, y condicionaba su licencia a la aceptación por parte del licenciatarío de proyectar en ella únicamente sus películas. Cuando, Universal proyectó películas pertenecientes a terceros, Motion demandó por infracción de su derecho de patente. El Tribunal, separándose de la interpretación mantenida en el caso *Henry v. A.B.Dick*, afirma que el derecho de exclusiva garantizado mediante la concesión de una patente se extiende únicamente a la invención descrita en la solicitud de patente.

²⁷ “...La conclusión a la que hemos llegado, hace innecesaria la aplicación de la *Clayton Act* al presente caso, lo que no impide que ésta sirva para reforzar aún más la política pública de nuestro país con respecto a la cuestión que nos ha sido planteada”.

²⁸ 247 U.S. 32 (1918).

²⁹ De hecho, el resultado del caso era en cierto modo esperado, como se deduce de las expresas referencias a las cláusulas contenidas en los contratos de arrendamiento de la United Shoe Machinery Corp. en los debates parlamentarios que precedieron la aprobación de la *Clayton Act*. Vid. Informe del Comité Judicial del Congreso de Representantes (*Report of the Judiciary Committee of the House of Representatives*), p. 13: “La preocupación latente en esta modalidad de contratos es importante y poderosa, como pone de manifiesto el caso United Shoe Machinery Company, (...), los contratos vinculados y de exclusiva suscritos con los distribuidores locales constituyen uno de los mayores instrumentos de monopolización diseñados por el cerebro humano. A través de ellos, no sólo se cierra completamente a los competidores el ejercicio de una actividad comercial que ya venían ejerciendo, sino que además se precluyen oportunidades de inicio en una actividad económica en todas las comunidades en las que se aplican estas condiciones contractuales. A través de esta práctica, la United Shoe Machinery Co. ha construido un monopolio que posee y controla la totalidad de la maquinaria actualmente usada por las principales empresas productoras de los EE.UU. Ningún

enjuiciamiento recaía en determinadas cláusulas contenidas en los contratos de arrendamiento de maquinaria para la fabricación de calzado por parte de la empresa United Shoe Machinery que venían a suponer, en la práctica, la vinculación entre la maquina patentada, objeto directo del contrato de arrendamiento, y otras máquinas y suministros también procedentes del arrendador³⁰. El Tribunal falla por mayoría a favor de la empresa United Shoe Machinery, considerando que las cláusulas analizadas no suponían una violación de la *Sherman Act*. Opinión, escrita por el juez McKENNA, en la que se refleja una postura hostil a la intervención gubernamental en el desarrollo de la actividad económica y una fe en el libre juego de los mercados, incluso en aquellos que mostraran una inclinación hacia la consolidación de posturas de poder económico. Se ignoran los argumentos defendidos en *Motion Pictures*, y se justifica el contenido de los contratos en razones de eficiencia económica³¹. Esta argumentación es rechazada por tres magistrados. El juez DAY, en un voto particular, defiende la peligrosidad de este tipo de contratos para el mantenimiento del proceso anticompetitivo, señalando como riesgos concretos, la reducción de la libertad de opción de los consumidores, la extensión del poder conferido por la patente a productos no amparados por

productor independiente de maquinaria de calzado tiene la más mínima oportunidad de desarrollar un nivel relevante de comercio mientras estas cláusulas estén en vigor. Si las empresas que están utilizando la maquinaria de la United Shoe Machinery Company decidieran adquirir y utilizar en su establecimiento maquinaria de un competidor, United Shoe, podría, con arreglo a estos contratos, retirar toda su maquinaria del establecimiento y, por tanto, arruinar el negocio de la empresa”.

³⁰ Las prescripciones objeto de examen fueron, concretamente las siguientes: 1) La conocida como “cláusula de prohibición”, con arreglo a la cual el arrendatario se comprometía a no utilizar la maquinaria arrendada para la producción o preparación de calzado en el que se hubiera usado, en algún momento, maquinaria procedente de una empresa distinta al arrendador; 2) la “cláusula de utilización exclusiva”, por la que se imponía al arrendatario la obligación de utilización exclusiva de la maquinaria de la United Shoe Machinery so pena de rescisión del contrato y la “cláusula de maquinaria adicional” que preveía que las necesidades futuras de maquinaria del arrendatario habrían de ser cubiertas con equipos de la United Shoe y 3) la obligación del arrendatario de adquirir determinados materiales y corduras exclusivamente del arrendador.

³¹ De hecho, el juez McKENNA, no apoyó la opinión mayoritaria en el caso *Motion Picture*, sino que expresó un punto de vista radicalmente diverso en un voto particular. Vid. *in extenso*, KRAMER: “The Supreme Court and Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 1027 y ss.

ella y el cierre de los mercados de esos bienes a terceras empresas³². Esta primerísima valoración de las conductas de vinculación y la división de los magistrados al respecto constituye un significativo prelude de los problemas y del debate que han venido caracterizando, hasta nuestros días, la configuración de la política *antitrust* frente a las prácticas de vinculación.

El resultado del caso *United Shoe I* era, en cierto modo, esperado, de ahí que, antes de que el fallo fuera emitido, el Ministerio de Justicia inició la prosecución de estos contratos bajo la *Clayton Act*. El caso llega hasta el Tribunal Supremo, quién se pronuncia, por vez primera, sobre la aplicabilidad de la *Clayton Act* a las prácticas de vinculación³³. La sentencia condena las cláusulas de vinculación contenidas en los contratos de arrendamiento de la empresa, rechazándose los argumentos de eficiencia económica ponderados en *United Shoe B*³⁴. El Tribunal recalca que era evidente que los acuerdos de la *United Shoe* violaban la *Clayton Act*, porque necesariamente de los mismos se derivaban efectos lesivos para la competencia. Ahora bien, el Tribunal no explica suficientemente las razones sobre las que se apoya el fallo condenatorio. Ni se individualizan los concretos efectos lesivos de la competencia atribuibles a los mismos ni se intenta un mínimo análisis económico de delimitación de los mercados en los que el desarrollo del proceso competitivo puede verse afectado. El único factor aludido en apoyo de la conclusión de anticompetitividad es el hecho de que la empresa ocupaba una posición dominante en el suministro de maquinaria para la elaboración de calzado.

³² “...El efecto necesario de estas cláusulas restrictivas, en atención al grado de control ejercido por el licenciante, es impedir al licenciario la utilización de maquinaria similar pese a que esto le pudiera resultar ventajoso, a menos que esté dispuesto a incurrir en el peligro de pérdida de maquinaria esencial para su negocio (...) Cada vez que una nueva máquina es adquirida por el licenciario para un periodo de diecisiete años –duración del derecho de patente con arreglo a las leyes estadounidenses–, la cadena vuelve a forjarse, sujetando al licenciario a la utilización de la maquinaria del licenciante de forma exclusiva (...)”.

³³ *United States v. United Shoe Machinery Corp. (United Shoe II)*, 258 U.S. 451 (1922).

³⁴ “Con independencia de la calidad de la maquinaria de la empresa *United Shoe Machinery Corp*, o de la eficiencia de su servicio, ésta no puede sujetar el arrendamiento de sus productos a requisitos y condiciones prohibidas por una norma legal válida de los Estados Unidos”.

Sólo un año más tarde, el Tribunal Supremo vuelve a tener la oportunidad de pronunciarse sobre los criterios de aplicabilidad de la sección 3 de la *Clayton Act* a los contratos vinculados. En el caso *FTC v. Sinclair Refining Co.*³⁵, se examina la legalidad, conforme a esta norma y a la sección 5 de la *FTC Act*, del contenido de los contratos celebrados por la empresa Sinclair Refining, dedicada a la compra-venta de gasolina y al alquiler de bombas y tanques de almacenamiento, con determinadas estaciones de servicio. La empresa alquilaba a las gasolineras tanques subterráneos de almacenamiento con bombas de servicio a un precio nominal, con la condición de que el equipo fuera utilizado exclusivamente con la gasolina suministrada por el propio arrendador. El Tribunal afirma la legalidad de estas cláusulas bajo ambas normas, rechazando la aplicabilidad al caso concreto de las conclusiones y principios sentados en *United Shoe II*. En primer lugar, se enfatiza que estas cláusulas no impedían a los licenciarios adquirir gasolina a otros refinadores, por lo que no entraban dentro del ámbito de cobertura de la *Clayton Act*³⁶. En cualquier caso, se rechaza la posibilidad de efectos lesivos de la competencia, dado el carácter competitivo y dinámico del mercado de gasolina. Es más, el Tribunal afirma que, en realidad, estas prácticas contribuyen a un fomento de la competencia, al incentivar y facilitar el establecimiento de estaciones de servicio de carretera. Por último, se descarta el carácter desleal de estos contratos, considerándose que los acuerdos son simplemente un instrumento práctico para garantizar que la gasolina sea adecuadamente manejada y para evitar que terceros puedan aprovecharse de la reputación de la marca Sinclair. Análisis detallado, en el que se observa, un intento de ponderación de posibles efectos lesivos de las prácticas, con eventuales efectos beneficiosos o justificaciones empresariales de las mismas, junto a una gran confianza en la libre actuación de las empresas y a un rechazo a un intervencionismo público excesivo en la conformación de la actividad

³⁵ 261 U.S. 463 (1923).

³⁶ La FTC defendía, por el contrario –en un razonamiento similar al seguido por el Tribunal Supremo en el caso *United Shoe II* para afirmar la existencia implícita de una práctica de vinculación- que, pese a que no existiera una cláusula expresa de exclusividad, ésta resultaba en la práctica de la configuración y características de los mercados afectados.

económica³⁷. Análisis que contrasta, como hemos visto, con el realizado en el caso *United Shoe II*.

En 1936, llegan de nuevo al Tribunal Supremo dos casos en materia de *tying*, cuya valoración va a arrojar resultados muy distintos. En *Pick Manufacturing Co. v. General Motors Corp.*³⁸, el Tribunal reafirma las conclusiones del Tribunal del Séptimo Circuito sobre la legalidad de los contratos celebrados por la empresa General Motors con sus distribuidores. Las cláusulas enjuiciadas consistían en la imposición a los distribuidores de los automóviles de la empresa General Motors de la obligación de utilizar exclusivamente piezas de recambio de la propia empresa en esos automóviles. Tres son los argumentos esgrimidos para sustentar la compatibilidad de los contratos con la sección 3 de la *Clayton Act*. En primer lugar, se rechaza el potencial restrictivo de la competencia de estos acuerdos en el mercado de piezas de recambio de automóviles -en concreto, la idoneidad de las mismas para provocar una exclusión anticompetitiva de terceras empresas-, dado que los distribuidores mantenían su libertad de reparar automóviles no pertenecientes a la General Motors y, por tanto, de utilizar en ellos piezas de recambio de otras empresas. Además, se alegará que, de hecho, el nivel de producción y precios en el mercado de piezas de recambio no se había visto afectado por los contratos. Por último, se aceptan las alegaciones de General Motors de que la obligación impuesta a los distribuidores tenía como finalidad garantizar que no fueran utilizadas piezas defectuosas o inadecuadas en la reparación de sus automóviles, con el consiguiente detrimento de la reputación y *goodwill* de la empresa.

Ahora bien, alegaciones similares no fueron tomadas en consideración en el caso *IBM v. United States*³⁹. La cuestión planteada era si

³⁷ “El objetivo primordial, tanto de la Clayton como de la Federal Trade Commission Act, es la promoción del interés público, garantizando la posibilidad de actuación de fuerzas contrapuestas motivadas por un deseo honesto de ganancias. La concreción de este objetivo, exige necesariamente la concesión de una mayor libertad en la gestión de sus propios negocios a aquéllos que arriesgan su tiempo, habilidad y capital”.

³⁸ 299 U.S. 3 (1936).

³⁹ 298 U.S. 131 (1936).

la práctica de la empresa *IBM* de condicionar el arrendamiento de sus máquinas perforadoras (protegidas por una patente) a la utilización exclusiva de las tarjetas manufacturadas por *IBM*, lesionaba sustancialmente la competencia en violación de la sección 3 de la *Clayton Act*. En primer lugar, la Corte examinó el poder de mercado de *IBM* en el mercado de las máquinas perforadoras (producto principal), ya que sin poder en ese mercado era imposible que las prácticas tuvieran algún efecto sobre el mercado del producto ligado. Después consideró, si bien brevemente y sin indicar el peso específico que había de ser conferido a este factor, el impacto cuantitativo de los contratos vinculados en las ventas en el mercado del producto ligado. Atendiendo exclusivamente al volumen de negocios de *IBM* en ese mercado, consideró que éste era sustancial –venta de más de tres billones de tarjetas lo que suponía un volumen de negocios de más de tres millones de dólares anualmente-. Finalmente, al examinar las objeciones de *IBM*, que alegaba que la vinculación era necesaria para una distribución y utilización eficiente del producto principal, la Corte consideró que una defensa de este tipo sería aplicable sólo en ausencia de una alternativa menos restrictiva de la competencia, como hubiera podido ser, en el caso concreto, la especificación de los estándares cualitativos que deberían reunir las tarjetas para un funcionamiento correcto de la máquina.

El balance de esta primera etapa arroja, por tanto, resultados poco claros. En primer lugar, durante esta primera mitad del siglo XX, se rechaza la aplicabilidad de la *Sherman Act* a los contratos vinculados. En un periodo de veinte años, el Tribunal Supremo conoce de cuatro casos sobre prácticas de vinculación bajo la *Clayton Act*. En dos de ellos, las prácticas son condenadas (*IBM* y *United Shoe II*) y en los dos restantes, se afirma su legalidad (*Sinclair* y *Pick Manufacturing*). La política frente a los contratos vinculados dista de estar definida. Ni los eventuales riesgos para la competencia ni las posibles justificaciones, han sido concretados y analizados en detalle. Pese a esta imprecisión, sí pueden identificarse algunos elementos o líneas mínimas que informan el juicio de anticompetitividad de estas conductas. Parece que el temor fundamental asociado a las mismas, es la lesión de la competencia en el mercado del producto vinculado, lesión identificada con la exclusión de competidores del

mismo. Primeras manifestaciones de la teoría del *leverage* o de la palanca que reconduce el potencial lesivo de las prácticas de vinculación a los efectos en un segundo mercado. Un requisito necesario para la concreción real de ese peligro es la existencia de una especial posición de poder económico en el mercado del producto principal, presumiéndose ese poder en los casos en los que el producto principal se encontrara protegido por una patente⁴⁰. De todas formas, no existe todavía un parámetro analítico de valoración definido. Los casos son decididos en atención a sus circunstancias específicas. La consideración de justificaciones empresariales y el examen de los efectos reales de las conductas enjuiciadas en algunos casos, descartan la existencia de una prohibición *per se* de las prácticas de vinculación⁴¹.

2. De *International Salt* a *Fortner I*

La situación empezará a cambiar a partir de 1947, año en el que se decide el célebre caso *International Salt Co. v. United States*⁴². Principalmente, dos circunstancias explican la trascendencia de este pronunciamiento del Tribunal Supremo, en la conformación de la política en materia de vinculación. En primer lugar, se reconoce, la aplicabilidad de la *Sherman Act* a los contratos vinculados, superándose los criterios anteriores reflejados en el caso *United Shoe I*. En segundo lugar, por vez primera, se defiende la sujeción de estas prácticas a una prohibición *per se*.

⁴⁰ Los casos *IBM* y *United Shoe II*, presentan como rasgos comunes, tanto la titularidad de una patente sobre el producto principal como la tenencia de elevadísimas cuotas de mercado. *United Shoe* controlaba el 95% de la maquinaria para calzado (producto principal y vinculado) e *IBM* poseía cuotas superiores al 80% tanto en el mercado de máquinas perforadoras (producto principal), como en el de tarjetas perforadas (producto vinculado). Por el contrario, en los casos *Sinclair* y *Pick*, ni los productos objeto de los contratos estaban amparados por una patente -sí existía un derecho de marca-, ni la situación estructural del mercado del producto principal era comparable, ya que, estos presentaban una estructura más competitiva y las cuotas de mercado de las empresas demandadas eran mucho menores que en los dos casos anteriores.

⁴¹ Para una panorámica de la política *antitrust* general durante la primera mitad del siglo XX. Vid. *supra*, Capítulo I.II.B.1 y 2.

⁴² 332 U.S. 392 (1947).

International Salt constituye el embrión del parámetro de valoración aplicable hoy en día, al menos nominalmente, a las conductas de vinculación.

La empresa International Salt, mayor productora de sal para usos comerciales, vinculaba el arrendamiento de dos máquinas patentadas (una para convertir las rocas de sal en salmuera para uso en procesos industriales –“Lixator”-y otra para inyectar sal en productos enlatados –“Saltomat”-) a que el licenciataria asumiera la obligación de adquirirla a ella, exclusivamente, toda la sal que fuera a ser utilizada con estas máquinas. El Tribunal consideró que estos acuerdos eran ilegales, principalmente porque la cláusula de vinculación impedía a terceras empresas suministrar sal para ser utilizada en las máquinas de International, lo que constituía, en sí mismo, una violación de la normativa *antitrust*. “Es irrazonable, en sí misma considerada, la exclusión de competidores de un mercado importante”. Pese a esta afirmación de anticompetitividad intrínseca a las prácticas de vinculación, el Tribunal considera –si bien superficialmente- determinados factores, precisos para la concreción de los efectos lesivos de la competencia. Así, se hace referencia a la necesidad de que exista poder en el mercado del producto principal, cuya existencia se presume del mero hecho de ser titular de una patente. También se alude al efecto de las prácticas en el mercado del producto ligado (sal), considerando que en atención al volumen de negocios en dólares afectado –del que, por tanto, eran excluidos los competidores-, el efecto en este mercado era sustancial. Ninguna de las justificaciones alegadas por International Salt en defensa de su conducta, fue considerada favorablemente por el Tribunal⁴³. Este razonamiento se aproxima mucho a afirmar que todos los contratos vinculados son ilegales. Todo lo que es necesario demostrar es que existe un volumen de dólares significativo

⁴³ Se rechazará el argumento de que los contratos vinculados no eran lesivos de la competencia como consecuencia de la inclusión de una cláusula que establecía que si un competidor ofrecía sal de similares características a un precio inferior, el arrendatario sería libre de adquirir esa sal, a menos que el arrendador decidiera reducir el precio de la misma.

También será rechazada, con arreglo al mismo razonamiento que el seguido en el caso IBM, la defensa basada en la reputación o *good will* de la empresa y en el control de la calidad de los productos presentada por International Salt.

implicado en el mercado del producto vinculado, al menos si el producto principal está patentado⁴⁴.

Ahora bien, la comprensión del razonamiento informador del fallo no resulta tan sencilla, ya que en el mismo se aprecian una serie de incoherencias. ¿Qué se estaba protegiendo realmente? ¿Cuál es la naturaleza del ilícito competitivo considerado? En primer lugar, el análisis de compatibilidad de las cláusulas enjuiciadas con el Derecho de la libre competencia va a centrarse exclusivamente en los eventuales efectos de éstas en el mercado del producto vinculado (sal)⁴⁵. En principio, parece que el interés protegido era evitar la mera exclusión de los competidores no justificada sobre la base de los méritos empresariales, con independencia de su incidencia en el mercado –estructura y funcionamiento-⁴⁶. Esta concepción de lesión competitiva justifica que no fueran objeto de definición y examen ni la estructura del mercado principal –presumiéndose la existencia de poder de mercado del mero hecho de la titularidad de una patente-, ni el efecto real de la conducta en el mercado del producto vinculado. Si ese es el objetivo protegido, la interpretación y razonamiento del caso sería coherente. Ahora bien, existen ciertas referencias en el texto de la sentencia, de difícil encaje con la postura descrita. De ellas parece deducirse que estas conductas y la exclusión de competidores que implican, merecen un reproche desde el Derecho en materia de libre competencia

⁴⁴ Vid. SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, cit., p. 437.

⁴⁵ Esta visión parcial de los posibles efectos lesivos de la competencia será especialmente objeto de crítica, en este caso concreto, dado que, en atención a las características de los mercados implicados y a la cláusula que permitía a los compradores adquirir sal de otros productores si éstos ofrecían un precio inferior que el de International Salt, la explicación económica más sólida era que la vinculación estaba siendo utilizada como instrumento de control de un acuerdo cartelístico en el mercado de la sal. Vid. PETERMANN: “The International Salt case”, 22, *Journal of Law & Econ.*, 1979, pp. 351 y ss.; FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, cit., pp. 662 y ss.

⁴⁶ Vid., en este sentido, TURNER: “The validity of tying arrangements under the antitrust laws”, cit., pp. 50 y ss. “El Tribunal Supremo está fijando determinados presunciones legales, es más, presunciones legales *iuris et de iure*, sobre la base de una determinada concepción de la libertad de comercio y empresa”. De hecho, en el caso concreto, ni se afirma la imposibilidad de obtención de máquinas equivalentes, ni se indica la proporción del mercado de suministro de esas máquinas controlada por el demandado. Además, se considera irrelevante la ausencia de prueba sobre los efectos reales de la cláusula de vinculación en la competencia.

porque a través de estas cláusulas puede conseguirse un monopolio en un segundo mercado, el mercado del producto vinculado⁴⁷. Concepción estructural de la competencia que no es conforme con la prohibición *per se* cualificada adoptada para la valoración de estas conductas⁴⁸.

En la conformación de esta política es asimismo relevante el caso *Standard Oil Co. v. United States (Standard Stations)*⁴⁹, a pesar de que el objeto del mismo no era propiamente una práctica de vinculación, sino la imposición de una obligación de aprovisionamiento de la totalidad de la gama de productos (*full requirement contract*) por parte de la empresa Standard Oil a determinados distribuidores independientes de gasolina. La importancia de este caso radica en el refuerzo de la condena *per se* de las prácticas de vinculación. El Juez FRANKFURTER, en un intento de distinguir entre contratos vinculados y otras restricciones verticales (obligaciones de compra o aprovisionamiento exclusivo) señalará en *obiter dictum* que prácticamente la única función de los contratos vinculados es la supresión de la competencia. Esta afirmación tajante es, en cierto modo matizada posteriormente por el Tribunal, al considerar que, si bien es posible que a través de estas conductas se persiga la consecución de otros fines lícitos, éstos siempre pueden ser llevados a cabo mediante alternativas menos restrictivas de la competencia⁵⁰. *Standard Oil* proporcionó a los

⁴⁷ “(...) El potencial del acuerdo para generar una posición de monopolio resulta de manera obvia. La ley prohíbe todo contrato que posibilite la obtención de un monopolio, siendo totalmente irrelevante que la tendencia a la consolidación de posiciones monopolísticas, sea lenta o inmediata. La ley condena la dirección del movimiento, sin necesidad de esperar a que se concrete el objetivo perseguido”.

⁴⁸ Si la incidencia del acuerdo en la estructura o funcionamiento –a medio o largo plazo– fuera realmente el principal problema, sería necesario, en primer lugar, proceder a una delimitación de los mercados relevantes con arreglo a criterios económicos, y seguidamente, atender al porcentaje de mercado del que los competidores son excluidos, y no únicamente al valor monetario de las operaciones.

⁴⁹ 337 U.S. 293 (1949).

⁵⁰ “El argumento frecuentemente utilizado para justificar una práctica de vinculación se basa en la necesidad de protección de la reputación y *goodwill* del fabricante del producto principal. No obstante, en la mayoría de los casos, esta protección puede ser conseguida mediante la especificación del tipo o calidad de los productos que deben ser usados con el producto principal. Si el producto vinculado del fabricante es en realidad superior al de los competidores, el comprador probablemente lo elija de todas formas. Las únicas situaciones, en las que la protección del *goodwill* puede requerir de la necesaria presencia de una cláusula

jueces una reflexión de utilización en futuros casos en materia de vinculación, susceptible de justificar la aplicación de una prohibición *per se*.

El fallo del Tribunal en el caso *Times Picayune Publishing Co. v. United States*⁵¹, participa de la misma inconsistencia que *International Salt*, y plantea idénticos interrogantes sobre la naturaleza de la lesión competitiva asociada a las prácticas de vinculación. *Times Picayune*, una empresa publicitaria de New Orleans, obligaba a las empresas que deseaban anunciarse en su periódico matinal a comprar espacio también en su periódico vespertino. No era posible anunciarse en uno sólo de esos periódicos. El gobierno demandó por considerar que esta práctica constituía una violación de la sección 1 de la *Sherman Act*, al conducir a la exclusión de periódicos vespertinos competidores del mercado de anuncios publicitarios⁵².

En principio, el Tribunal parece defender una concepción de exclusión estructural cuando se refiere al fundamento de la prohibición de las prácticas de vinculación bajo la sección 1 de la *Sherman Act*. Manifiesta una preocupación por la posibilidad de que el *tie-in* afecte tanto a la estructura como a los resultados del mercado del producto vinculado y exige, en consonancia, la existencia de poder económico en el mercado del producto principal⁵³.

de vinculación, son aquéllas en las que las especificaciones necesarias son tan complejas que sean imposibles de articular en la práctica. En el resto de casos, sólo una finalidad lesiva de la competencia, empujará al vendedor a la imposición de una cláusula de vinculación, y sólo su control del producto principal inducirá al comprador a aceptarla”.

⁵¹ 345 U.S. 594 (1953).

⁵² El Tribunal Supremo consideró que no existían dos productos diferenciados y, por tanto, que la conducta de la empresa no constituía una práctica de vinculación. Vid. *supra*, Capítulo II.II.B.3.

⁵³ “Para esclarecer si una restricción es o no razonable con arreglo a la sección 1 de la *Sherman Act*, es necesario atender al porcentaje controlado del mercado relevante, a la fuerza de la competencia restante y a la motivación de la conducta, a fin de determinar si ésta obedece a una justificación empresarial legítima o, por el contrario, a una intención de monopolización del mercado”.

No obstante, la política se oscurece al establecerse, en *obiter dictum*, un test diverso para el enjuiciamiento de la práctica con arreglo a la sección 3 de la *Clayton Act*⁵⁴.

BAKER considera que, las opiniones vertidas en el fallo y las recogidas en *obiter dictum*, hacen de *Times Picayune*, una sentencia contradictoria y “en guerra consigo misma”⁵⁵. El Tribunal no intenta reconciliar, en ningún momento, el test articulado de valoración de las prácticas de vinculación bajo la *Clayton Act*, con las manifestaciones generales sobre el potencial lesivo de estas conductas vertidas en otros apartados de la sentencia. Es más, no explica porque es esencial la existencia de poder de mercado en su manifestación más virulenta de posición monopolística bajo una norma, mientras que la tenencia de cualquier tipo de poder económico se considera absolutamente irrelevante bajo la otra. En lugar de intentar resolver las inconsistencias y puntos conflictivos existentes en sentencias anteriores, y buscar la fijación de una política coherente en materia de prácticas de vinculación, el Tribunal institucionaliza estos conflictos, al fijar arbitrariamente un determinado estándar de valoración con arreglo a la *Sherman Act* y otro, radicalmente diverso, con respecto a la *Clayton Act*. Este cisma, inadecuadamente justificado, colocaba los criterios de valoración en una situación inestable y vulnerable a futuros cambios y orientaciones.

Este cambio tuvo lugar sólo cinco años más tarde. El principio de prohibición y la filosofía económica, que informan *International Salt*, serán reafirmados, en el caso *Northern Pacific Railway Co. v. United States*⁵⁶, que constituye una manifestación clara del progresivo recrudescimiento de la política frente a las prácticas de vinculación y la consolidación de la prohibición *per se* de estas conductas⁵⁷.

⁵⁴ Vid. *supra*, nota 15.

⁵⁵ Vid. BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule”, *cit.*, p. 1294.

⁵⁶ 356 U.S. 1 (1958).

⁵⁷ Vid. CUMMINGS/RUTHER: “The Northern Pacific case”, 22, *Journal of Law&Econ.*, 1979, pp. 951 y ss.

Northern Pacific arrendaba terrenos para diversos usos con la condición de que los arrendatarios contrataran con ella el transporte de todas las mercancías producidas o manufacturadas en esos terrenos, siempre que las tarifas de Northern fueran inferiores o iguales a las de sus competidores.

El Tribunal Supremo repasa los posibles efectos anticompetitivos de los contratos vinculados, señalando como principal la restricción de la competencia sobre la base de los méritos empresariales en el mercado del producto vinculado y la eliminación de la libertad de elección de los compradores. El hecho de que, prácticamente, la única finalidad perseguida a través de estos contratos sea la restricción de la competencia, justifica su sujeción a una regla de prohibición *per se*. En principio, a una prohibición *per se* cualificada, cuya activación exige la concurrencia de dos requisitos – de los que se hace depender la concreción real de los efectos anticompetitivos-. En primer lugar, la existencia de suficiente poder en el mercado del producto principal para restringir sensiblemente la competencia en el mercado del producto vinculado⁵⁸y, además, la exigencia de que los contratos afecten a un volumen sustancial de comercio interestatal⁵⁹.

Pese al mantenimiento formal del requisito de poder de mercado como elemento necesario de responsabilidad de las prácticas de vinculación, la interpretación que del mismo ofrece el Tribunal es de tal naturaleza que lo hace prácticamente superfluo. De hecho, se acoge una interpretación muy amplia, rechazándose la necesidad de llevar a cabo un análisis de mercado relevante a fin de determinar con exactitud la posición

⁵⁸ “(...) Evidentemente, si el vendedor no tiene un grado de control o dominio suficiente sobre el producto principal para que éste pueda ser utilizado como arma de presión de los compradores para que adquieran un segundo producto, cualquier restricción del comercio que se derive de las cláusulas de vinculación será, como mucho, insignificante...”.

⁵⁹ “Los contratos vinculados son irrazonables en sí mismo considerados, siempre que una de las partes tenga el suficiente poder económico respecto del producto principal para restringir de forma apreciable la competencia en el mercado del producto vinculado y se vea afectado un volumen sustancial de comercio”.

en el mismo de la empresa que recurre a la vinculación y se llega a afirmar que la mera existencia del contrato vinculado es, en sí misma, suficientemente indicativa de la presencia de poder en el mercado del producto principal, en ausencia de otras posibles explicaciones⁶⁰.

En la década de los sesenta, el alcance de los principios recogidos en *Northern Pacific* fue objeto de una progresiva ampliación. Tanto los elementos sustanciales como los elementos de responsabilidad de las prácticas de vinculación fueron generosamente interpretados por los tribunales, así por ejemplo, el requisito de existencia de vinculación efectiva entre los productos⁶¹ y, principalmente, el requisito de poder en el mercado del producto principal.

En *United States v. Loew's Inc.*⁶², diversas distribuidoras de películas seguían una política similar en la venta o licencia de sus películas para su exhibición televisiva, consistente en lo que se denomina “*block-booking*”: condicionar la venta o licencia de determinadas películas a la necesidad de adquirir también otras no deseadas o de inferior calidad. Los argumentos de las demandadas fueron desestimados y las prácticas condenadas *per se*⁶³. El Tribunal Supremo insiste en los efectos anticompetitivos de los contratos vinculados. En concreto, señala que de los mismos se derivan,

⁶⁰ El Tribunal hizo una selección consciente de sentencias anteriores, utilizando de ellas sólo aquello que le interesaba para forjar el alcance de la regla de prohibición *per se*; así, por ejemplo, de *Standard Oil* se hace una utilización sesgada, haciéndose referencia sólo a la aparente falta de efectos beneficiosos de los contratos vinculados, pero no a las menciones sobre la necesidad de un grado de control de mercado y, por lo que se refiere a *Times Picayune*, se ignora totalmente, el requisito de que con arreglo a la sección 1 de la *Sherman Act*, el vendedor ha de poseer poder monopolístico en el mercado del producto principal. Asimismo, también se lleva a cabo una interpretación restrictiva de *International Salt*. Vid. BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule.”, *cit.*, p. 1296.

⁶¹ Vid. *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100 (1969), en el que se suaviza el requisito de vinculación. Vid. FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, *cit.*, pp. 666-667.

⁶² 371 U.S. 38 (1962).

⁶³ “Una vez apreciada la existencia de un contrato vinculado en un contexto de suficiente poder económico, éste es ilegal en sí mismo, sin necesidad de proceder a un análisis pormenorizado sobre las eventuales justificaciones empresariales a su utilización”.

principalmente, dos efectos lesivos de la competencia: limitación de la libertad de los compradores y exclusión de competidores del mercado del producto vinculado. Un contrato vinculado puede tener ambos o sólo uno de los efectos señalados, siempre que la empresa tenga suficiente poder en el mercado del producto principal para inducir a sus clientes a adquirir el producto vinculado junto al producto principal.

El Tribunal Supremo sigue la interpretación amplia de este requisito realizada en *Northern Pacific*. La exigencia de poder económico se suaviza. Éste no se corresponde con el poder de mercado exigible en aplicación de la sección 2 de la *Sherman Act*, referente a la monopolización de mercados. No es necesario acudir a una delimitación precisa del mercado del producto principal, a la determinación de la cuota que posee la empresa demandada en el mismo, ni al análisis de eventuales barreras de entrada. El poder económico relevante a efectos de aplicación de la prohibición de las prácticas de vinculación es un requisito mucho menos estricto que, puede considerarse satisfecho si el producto principal presenta caracteres únicos o es especialmente atractivo para los consumidores (*uniqueness*)⁶⁴. Singularidad que se presume en los casos en los que el producto esté patentado o protegido por un derecho de autor⁶⁵.

*Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp. (Fortner I)*⁶⁶ constituye el broche de esta política restrictiva frente a las prácticas de vinculación. La opinión mayoritaria, escrita de nuevo, por el juez BLACK⁶⁷,

⁶⁴ “El dominio del mercado, entendido como poder para controlar los precios y excluir a los competidores, no es el único parámetro de determinación del requisito de poder económico exigido para prohibir una práctica de vinculación. En ausencia de efectivo poder dominante, el poder económico necesario puede ser inferido del particular atractivo del producto principal para los consumidores o de sus especiales características individuales”.

⁶⁵ Al entender el requisito de poder económico como “singularidad” o “atractivo para los consumidores” en los casos de productos protegidos por un derecho de autor o una patente se considera que este requisito está automáticamente satisfecho (presunción *iuris et de iure*) y por tanto, no es necesario llevar a cabo un análisis del mercado relevante y de la posición en el mismo de la empresa.

⁶⁶ 349 U.S. 495 (1969).

⁶⁷ Al juez BLACK se deben también las opiniones en *Loew's* y en *Northern Pacific*. La trayectoria del juez BLACK se caracteriza por un especial activismo y defensa de

consagra la prohibición *per se* de las conductas, desnudando prácticamente de trascendencia real los criterios cualificativos –poder de mercado y afectación del comercio- sentados en *International Salt*.

United States Steel Corp y su filial al cien por cien, United States Steel Homes Credit, seguían la siguiente política comercial. La concesión de un crédito para la adquisición de terrenos por parte de US Credit, se condicionaba a la compra de casas prefabricadas a precios artificialmente altos a US Homes.

El fallo parte del principio general de anticompetitividad intrínseca de las prácticas de vinculación. Éstas son siempre lesivas de la competencia y carecen de cualquier virtud compensatoria de los daños que de ellas irremediablemente se derivan.

Los requisitos de poder de mercado y afectación sustancial del comercio son interpretados de forma amplísima, en consonancia con esta visión de anticompetitividad natural de las conductas de vinculación.

En primer lugar, no se exige la tenencia de una posición dominante en un mercado definido, sino que bastaría para el cumplimiento de este requisito, con que la empresa pudiera ejercer cierta influencia frente a determinados consumidores, es decir, bastaría con la mera existencia de una curva de demanda con pendiente negativa⁶⁸.

una interpretación rigurosa de la normativa *antitrust*, tanto en el área de los contratos vinculados como en otros sectores, tales como los boicots, las operaciones de concentración entre empresas, los acuerdos de suministro y exclusiva, etc. Vid. KRAMER: “The Supreme Court and Tying Arrangements”, *cit.*, p. 1047; BAKER, “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule”, *cit.*, p. 1300.

⁶⁸En el caso concreto, se consideró satisfecho el requisito de poder económico en el mercado del producto principal (crédito), en atención a las condiciones especialmente favorables en las que éste era ofrecido –no comparables a las ofertadas por otros competidores-. Igualmente, el hecho de que el precio del producto vinculado (casas vinculadas) era muy superior al predominante en el mercado y, por tanto, la propia aceptación de las cláusulas de vinculación, permitía inferir determinadas características únicas del producto principal que le hacían especialmente deseable para los compradores y que reflejaban una situación de ventaja económica de la empresa frente a sus competidores.

La necesidad de que el contrato cause una afectación sustancial del comercio en el mercado del producto vinculado es interpretada con la misma generosidad. Se mantiene que uno de los principales riesgos anticompetitivos de los contratos vinculados es la exclusión “injusta” de otros competidores del mercado del producto vinculado; por tanto, cuando esa exclusión alcance un volumen de negocios sustancial ha de prohibirse. La determinación de que cabe entender por volumen sustancial de comercio afectado se lleva a cabo atendiendo a las cifras de volumen de negocios en términos monetarios y no a las cuotas de mercado implicadas y, por tanto, a los porcentajes de mercado del que se excluye a los competidores⁶⁹.

La actitud judicial frente a las prácticas de vinculación, vive su etapa más dura desde mediados del siglo XX hasta la década de los setenta. El examen de los principales pronunciamientos judiciales revela una concepción del ilícito competitivo alejada del impacto estructural o económico de las conductas. El objeto último de tutela es el desarrollo de un proceso competitivo “justo” y “leal”, en el que el éxito o fracaso de un operador económico dependa exclusivamente de sus propios méritos. Los contratos vinculados serán vistos con recelo porque vulneran este principio de desenvolvimiento de la lucha concurrencial sobre la base de los méritos empresariales. El libre juego de la competencia en el mercado del producto vinculado –único considerado durante esta etapa- se ve falseado, ya que la adquisición de éste no resulta de la libre elección de los consumidores, tras la comparación de precios y calidades entre productos pertenecientes a distintas empresas. Además, y en conexión con esta eliminación o reducción de la libertad de opción de los adquirentes, la conducta vulnera el derecho del resto de empresas a no ser excluidas “injustamente” de la lucha concurrencial, derecho de acceso de los competidores a la actividad económica considerado un interés digno de protección jurídica.

Ahora bien, en rigor y partiendo de esta configuración de la lesión competitiva, una política coherente sujetaría las prácticas de vinculación a

⁶⁹ Las cuotas de mercado pueden alcanzar consideración en casos extremos en los que, pese a que un volumen de negocios sea, en términos monetarios, relativamente reducidos, represente en realidad una cuota sustancial del mercado por el que pujan el resto de competidores.

una verdadera prohibición *per se*, que debería activarse en el momento en que se constatará la presencia de la conducta (existencia de dos productos diferenciados y vinculación entre ellos) sin necesidad de posteriores exigencias. Una política consistente de protección de la competencia sobre la base de los méritos empresariales debería condenar cualquier vinculación forzosa entre productos, con independencia del hecho o circunstancia concreta que determina la aceptación del acuerdo por parte del comprador⁷⁰. ¿Por qué se insiste, entonces, en conservar el requisito de poder de mercado y de afectación sustancial del comercio? BAKER justifica el mantenimiento de este requisito en una mera concesión del juez BLACK que, temeroso de no recabar el apoyo suficiente, mantuvo el requisito formalmente, pero lo desnudó de efectividad en la práctica⁷¹.

La política del Tribunal Supremo frente a las prácticas de vinculación durante las décadas cincuenta a setenta es coherente con la concepción más general del ilícito competitivo mantenida durante este periodo. La ley ha de reaccionar frente a conductas, sobre todo por parte de empresas dominantes, que excluyen a otros competidores del mercado, no porque estos cambios de cuota de una empresa a otra, necesariamente vayan a dar lugar a una reducción de la producción y a una paralela subida de los precios. El acceso a los mercados, el mantenimiento de una estructura lo más plural posible y el desarrollo del proceso competitivo sobre la base de los méritos empresariales son objetivos dignos de protección en sí mismo considerados⁷².

⁷⁰ Una política en este sentido frente a las prácticas de vinculación será defendida por SLAWSON: "A new concept of competition: Re-analyzing tie-in doctrine after Hyde", 30, *cit.*, pp. 257 y ss.; IDEM: "A stronger, simpler tie-in doctrine", *cit.*, 1980, pp. 671 y ss.; IDEM: "Excluding competition without monopoly power: the use of tying arrangements to explote market failures", *cit.*, pp. 457 y ss.

⁷¹ Vid. BAKER: "The Supreme Court and the Per Se Tying Rule", *cit.*, p. 1299.

⁷² Vid. FOX: "What's harm to competition...", *cit.*, pp. 376 y ss.

3. De *Fortner II* a *Eastman Kodak*

A partir de la década de los setenta, como hemos tenido ocasión de analizar detalladamente en el Capítulo I de este trabajo, comienza a fraguarse una concepción diversa del ilícito competitivo. Numerosas voces, mayoritariamente adscritas a la Escuela de Chicago, critican la política tradicional en materia de competencia y demandan nuevos parámetros de valoración más racionales desde el punto de vista económico⁷³. La eficiencia económica es defendida como objetivo primordial –o exclusivo-, del Derecho *antitrust* y se rechaza, como irrelevante, la tutela de otros intereses de naturaleza no estrictamente económica, como la lealtad en las transacciones empresariales o el derecho de acceso de todos los operadores al mercado. Las tesis economicistas de la Escuela de Chicago, comienzan a entrar en el Tribunal Supremo. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*⁷⁴ va a inaugurar un proceso de progresiva recepción del análisis económico en la valoración de las lesiones a la competencia. La concreción de éstas exige la presencia de efectos económicos demostrables. Efectos cuyo alcance será delimitado en sentencias posteriores. En *National Society of Professional Engineers v. United States*⁷⁵, se afirma que el análisis de la licitud de una práctica empresarial debe estar confinado al impacto de la misma en las condiciones competitivas del mercado relevante. En *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*⁷⁶, se establece que, para que una conducta empresarial sea valorada conforme a una prohibición *per se*, ésta debe constituir una amenaza incuestionable para el correcto funcionamiento de la economía de mercado, es decir, debe tender siempre o casi siempre a la restricción de la competencia, entendida como reducción

⁷³ CUCINOTTA, (“Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.* p. 96), recoge las manifestaciones de uno de los principales miembros de la Escuela de Chicago, AARON DIRECTOR, sobre las distintas concepciones del Derecho de la competencia enfrentadas: “existe hoy, una cierta incertidumbre sobre si el eje central de la ley *antitrust* ha de ser la evolución de reglas de conducta leal, que no tienen nada que ver con la economía, o la evolución de normas represoras que protejan la competencia y prohíban el monopolio o la monopolización, entendidos éstos en su sentido económico”.

⁷⁴ 433 U.S. 36 (1977).

⁷⁵ 435 U.S. 679 (1978).

⁷⁶ 441 U.S. 1 (1979).

artificial del nivel de producción de un mercado dado. Poder de mercado en su sentido más puramente económico, reducción de la producción para incrementar los precios. Se va abriendo camino, por tanto, una nueva concepción del Derecho de la competencia, explícitamente orientada a la valoración de los efectos concretos y reales de una conducta en la estructura o funcionamiento de los mercados.

¿Cuál es la influencia de estas teorías o nuevas orientaciones sobre los objetivos del derecho antitrust y parámetros de valoración de las restricciones de la competencia en la conformación de la política frente a las prácticas de vinculación?

Ya estas teorías habían aflorado tímidamente en algunas decisiones judiciales, a través de votos particulares⁷⁷. Pero será fundamentalmente, a partir de 1977 cuando comience a perfilarse una demarcación del Tribunal Supremo respecto de la política rigurosa que había venido manteniendo frente a la vinculación contractual. En esa fecha se decide *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc. (Fortner II)*⁷⁸. El Tribunal Supremo, con una composición diversa a la existente en 1969⁷⁹, tiene ocasión de

⁷⁷Frente a la opinión mayoritaria, los votos particulares empiezan a poner de manifiesto otra política frente a los contratos vinculados: ni los efectos lesivos de la competencia son siempre tan dañinos y evidentes, ni es cierto que no posean ninguna ventaja o virtud. Vid. los votos particulares de los jueces WHITE y HARLAN en *Fortner I*. Consideran que si bien es cierto que los contratos vinculados pueden ser lesivos para la competencia (enumeran junto al tradicional ejercicio del *leverage* y la monopolización del segundo mercado, otros riesgos, como la burla de una regulación en los precios del producto principal, discriminación en los precios...), también pueden ser beneficiosos para la economía (facilitar la entrada de nuevas empresas, permitir reducciones de precios clandestinas en mercados oligopolísticos, proteger la reputación del producto principal y reducir costes en los casos de economías derivadas de la producción o distribución conjunta de los bienes vinculados). La posibilidad de estos efectos positivos y el hecho de que la producción de los efectos negativos requiera necesariamente de la presencia de poder en el mercado del producto principal exigen una regla más estricta en la apreciación de su existencia que la establecida por la opinión mayoritaria.

⁷⁸ 429 U.S. 610 (1977).

⁷⁹ Tres de los jueces que suscribieron la opinión mayoritaria la primera vez que las prácticas de la *United States Steel Corp.* fueron examinadas por el Tribunal Supremo en 1969, no formaban ya parte del órgano judicial cuándo éste tiene ocasión de volver a pronunciarse al respecto. Es el caso de los magistrados BLACK, WARREN y DOUGLAS.

examinar nuevamente la política de concesión de créditos de United Steel⁸⁰. El requisito de poder en el mercado del producto principal empieza a interpretarse de forma más rigurosa. El Tribunal se separa de posiciones anteriores, sobre todo de casos como *Northern Pacific* o *Loews* que habían reducido el requisito de poder económico a una mera exigencia de carácter formal y defiende criterios de apreciación más estrictos. La mera aceptación por los consumidores de los contratos vinculados no es prueba de la existencia de poder en el mercado del producto principal ya que pueden existir otras explicaciones que justifiquen la adhesión de los consumidores a las cláusulas de vinculación. Se insiste en las barreras de entrada, no basta con que un producto tenga unos determinados caracteres únicos (distintibilidad) sino que es necesario que los competidores no sean capaces de reproducirlos⁸¹. El Tribunal empezará a inyectar el análisis tradicional de poder de mercado en el examen de las prácticas de vinculación⁸².

Habrà de pasar más de una década, para que el Tribunal Supremo vuelva a tener ocasión de examinar una práctica de vinculación. Durante este periodo, empiezan a consolidarse las posiciones de Chicago. Uno de sus principales frentes de ataque será, precisamente, la política que hasta el momento se había venido manteniendo frente a los contratos vinculados. Orientada, como hemos señalado, a la protección de la competencia sobre

⁸⁰ El Tribunal Supremo en *Fortner I* consideró que el caso no merecía un juicio sumario, revocó las decisiones anteriores y envió de nuevo el caso a primera instancia para que en un procedimiento con jurado se determinara la presencia o no de los elementos que determinan la ilegalidad de los contratos vinculados en aplicación de la Ley Sherman. Cuando el caso volvió al Tribunal de Distrito, éste concluyó que sí existía suficiente poder en el mercado del producto principal para que entrara en juego la prohibición *per se* de los contratos vinculados. El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo (*Fortner II*) consideró que no se había cumplido ese requisito de poder de mercado y anuló la sentencia de apelación.

⁸¹ En el caso concreto, se consideró que la empresa United Steels no ocupaba una posición dominante en el mercado del crédito. Los términos especialmente atractivos –únicos– en los que se desarrollaba su actividad financiera no permitían inferir la existencia de poder de mercado, sino simplemente que United Steels estaba dispuesto a aceptar un menor beneficio o a incurrir en un riesgo mucho mayor que sus competidores. Los términos inusuales de financiación sólo probaban que U.S., estaba dispuesta a ofrecer financiación barata a fin de vender casas caras.

⁸² Vid. SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, *cit.*, p. 265.

la base de los méritos empresariales, era difícilmente compatible con las nuevas teorías que centraban el daño a la competencia, en la reducción de la producción y el objetivo exclusivo del Derecho *antitrust* en la sanción de conductas empresariales ineficientes. Los miembros de la Escuela de Chicago defenderán, con arreglo a estos nuevos parámetros, la inaptitud de estas prácticas empresariales para lesionar la competencia. La vinculación no es susceptible, en la mayoría de los casos, de dar lugar a la creación de poder en un segundo mercado. Generalmente, será utilizada para permitir un mayor aprovechamiento del poder existente –por ejemplo, como instrumento de discriminación en los precios-, lo que no es necesariamente lesivo de los intereses de los consumidores o, para la consecución de un objetivo económico legítimo, como la protección de la calidad o reputación de los productos de una empresa o la obtención de economías en la producción o distribución de los productos⁸³.

En 1984 se decide *Jefferson Parish Hospital District No 2 v. Hyde*⁸⁴. Hyde, un anestésista, ejerció una acción privada contra Jefferson Parish Hospital alegando que el contrato de exclusiva suscrito por éste con una empresa de anestésistas, con arreglo al cual todos los servicios de anestesia requeridos por el hospital habían de ser proporcionados por dicha empresa, violaba la sección 1 de la *Sherman Act*. Como consecuencia de este contrato, el hospital rechazó la solicitud de Hyde para prestar en él sus servicios. La cuestión planteada al Tribunal era si existían dos productos diferenciados que habían sido vinculados contractualmente y, en ese caso, si esa conducta era ilegal conforme a la sección 1 de la *Sherman Act*.

De nuevo, nos encontramos en este caso, con una división de opiniones entre los magistrados. La opinión mayoritaria escrita por el juez STEVENS, y suscrita por otros cuatro jueces y una opinión minoritaria,

⁸³ Vid. BORK: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, New York, 1993, pp. 365 y ss.; POSNER: “The Chicago School of Antitrust Analysis”, 127, U.P.A.L.R., 1979, pp. 926 y ss. BOWMAN: “Tying arrangements and the leverage problem”, 67, Yale Law Journal, 1957, pp. 19 y ss. Para un desarrollo pormenorizado de la posición de la Escuela de Chicago frente a las prácticas de vinculación, vid. *infra*. Capítulo IV.II.C.2.

⁸⁴ 446 U.S. 2 (1984).

reflejada en los votos particulares de cuatro magistrados⁸⁵. Si bien ambas coinciden en rechazar la ilegalidad de la conducta, lo hacen sobre la base de planteamientos y razonamientos muy diversos.

Por lo que a la opinión mayoritaria se refiere, en primer lugar, se defiende el modo tradicional de enjuiciamiento de los contratos vinculados conforme a la prohibición *per se* cualificada⁸⁶. Ahora bien, los elementos de responsabilidad y, en particular, el requisito de poder en el mercado del producto principal, van a ser interpretados de manera más restrictiva, conforme a criterios económicos. Así, se defenderá la necesidad de delimitar y analizar los distintos mercados implicados (producto principal y producto vinculado) a fin de determinar si es probable que se produzca una coerción anticompetitiva. También se observa un mayor rigor económico en la exigencia de que los efectos anticompetitivos se proyecten sobre el mercado, no basta la mera exclusión de competidores sino que ésta ha de ser de tal entidad que afecte a la estructura y funcionamiento de los mercados.

Los votos particulares reflejan una línea de razonamiento diversa. En primer lugar, se defiende el abandono de la prohibición *per se* de las prácticas de vinculación y el enjuiciamiento de las mismas conforme a la regla de razón⁸⁷. Seguidamente, se desglosan los posibles efectos para la competencia de estas prácticas empresariales, tanto en el mercado del

⁸⁵ O'CONNOR, BURGER, POWELL, REHNQUIST.

⁸⁶ “Ya es demasiado tarde en la historia jurisprudencial de la vinculación contractual, para entrar a cuestionar la proposición de que determinadas prácticas de vinculación entrañan un riesgo inaceptable de falseamiento de la competencia y que, por tanto, son irrazonables, en sí mismas consideradas”.

⁸⁷ La prohibición *per se* tradicionalmente utilizada frente a las prácticas de vinculación no se consideraba adecuada ya que, en primer lugar, no se correspondía con la misma regla aplicable a otras conductas empresariales (acuerdos horizontales de fijación de precios, boicots, etc.). En el caso de los contratos vinculados no bastaba con la mera prueba de los elementos sustanciales de la conducta, sino que era necesario llevar a cabo, además, un análisis, si bien parcial, de los efectos económicos concretos de la conducta. El enjuiciamiento de los contratos vinculados incurría, por tanto, en los costes del análisis conforme a la regla de razón, pero sin participar de sus beneficios. Asimismo, no era fácilmente justificable el mantenimiento de una prohibición *per se* frente a las prácticas de vinculación, mientras figuras afines y susceptibles de causar lesiones a la competencia muy similares, eran enjuiciadas conforme al estándar más flexible de la regla de razón (p.e. acuerdos de aprovisionamiento exclusivo o de compra recíproca).

producto principal como en el mercado del producto vinculado. Siguiendo los postulados de la Escuela de Chicago, los magistrados se muestran muy escépticos respecto del potencial anticompetitivo de estas conductas. En relación a los eventuales efectos en el mercado del producto principal, se defiende que, con carácter general, la existencia de un producto vinculado normalmente no incrementa el beneficio que el vendedor con poder de mercado puede extraer de la venta del producto principal⁸⁸.

Por lo que se refiere a los daños que la práctica de vinculación pueda causar en el desarrollo del proceso competitivo en el mercado del producto vinculado, se considera que sólo *raramente* el poder en el mercado del producto principal puede ser utilizado para adquirir poder adicional en el mercado del producto vinculado. Es necesario, para que este efecto pueda producirse, que se cumplan tres requisitos. En primer lugar, la empresa ha de tener poder en el mercado del producto principal, poder de mercado entendido en sentido económico⁸⁹. Es asimismo necesario, que exista una amenaza creíble de que la empresa pueda adquirir poder en el mercado del producto vinculado⁹⁰. Por último, tiene que resultar coherente, desde el punto de vista económico, el tratamiento del producto principal y del producto vinculado como productos diferenciados⁹¹. Los tres requisitos

⁸⁸ Se apuntan sólo dos excepciones a esta regla general: la utilización de los contratos vinculados como instrumento de articulación de una política de precios discriminatoria o, para burlar una regulación de precios en el mercado del producto principal.

⁸⁹ Los votos particulares defienden, separándose de pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo, la necesidad de analizar los posibles sustitutos del bien principal antes de afirmar la existencia de una posición dominante. No bastaría ni la existencia de una cuota de mercado muy elevada ni la mera titularidad de una patente –se considera que las antiguas sentencias en que así se reconocía estaban influidas, no por un análisis competitivo, sino por la aplicación de la doctrina en materia de abuso de patente o *patent misuse*–.

⁹⁰ No existirá esa amenaza si el mercado del producto vinculado está integrado por numerosas empresas estables o si las barreras de entrada en el mismo son bajas.

⁹¹ Para tratar dos productos como diferenciados es necesario, como mínimo, que el producto vinculado pueda ser usado separadamente del producto principal, es decir, que algunos consumidores deseen adquirirlo separadamente, sin necesidad de adquirir también el producto principal. Si el único uso del producto vinculado se produce en relación con el producto principal, el vendedor del producto principal no puede adquirir poder adicional de mercado vendiéndolos conjuntamente. Es irrelevante que algunos consumidores quieran adquirir el producto principal sin

anteriores, son requisitos mínimos, en el sentido de que sin ellos, un contrato vinculado no podría tener efectos anticompetitivos. Presupuestos necesarios pero no determinantes, ya que, incluso aunque se cumplan todos ellos, el contrato vinculado puede producir determinados beneficios económicos que compensen los eventuales efectos anticompetitivos. Se hace necesario, por tanto, un balance de ambos bajo la regla de razón, a fin de determinar si las restricciones del comercio que del mismo se derivan son o no razonables⁹².

Jefferson Parish constituye un paso importante en la evolución de la política *antitrust* frente a las prácticas de vinculación, pero no despeja todas las dudas y mantiene la sensación de ambigüedad en la materia, tal y como ponen de manifiesto las distintas interpretaciones que de este caso han sido llevadas a cabo por los tribunales inferiores⁹³. Entre sus principales aportaciones, destaca la inyección de un mayor rigor económico en la conformación del juicio de valoración de las prácticas de vinculación y el reconocimiento de que, junto a su potencial lesivo, estas conductas también pueden ser beneficiosas para la economía y la propia competencia. Ahora bien, la opinión mayoritaria no consigue identificar un parámetro definido de valoración y de distinción entre prácticas de vinculación que deberían ser autorizadas y prácticas que deberían estar sujetas a la prohibición *per se*. Los efectos lesivos de la competencia tampoco resultan claros. Mientras los votos particulares acogen abiertamente las posiciones de la Escuela de Chicago, y defienden la condena de una práctica empresarial sólo en los

adquirir a su vez el producto vinculado. Una vez que se reconoce que el vendedor tiene poder en el mercado del producto principal se deduce que el vendedor puede vender ese producto en condiciones no competitivas. La lesión a los consumidores no depende de si el vendedor establece un precio supracompetitivo para el producto principal o establece un precio competitivo pero insiste en que los consumidores adquieran a su vez un producto que no desean. Es más, incluso aunque quepa un uso separado de ambos productos, es conveniente considerarlos como uno solo si la oferta de ambos en un paquete obedece a economías que se producen como consecuencia de la producción o distribución conjunta de los bienes o servicios.

⁹² En el examen del caso concreto, con arreglo a este modelo de análisis, los votos particulares concluyeron que no se cumplían ninguno de los requisitos señalados, principalmente, que no existían dos productos diferenciados ya que los pacientes no estaban interesados en adquirir servicios quirúrgicos sin servicios de anestesia y que, por tanto, el hospital no podía adquirir poder de mercado adicional simplemente vinculando ambos servicios.

⁹³ Comparar *Digydine Corp. v. Data Gen. Corp.*, 734 F.2d 1336, (9th Cir., 1984) con *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc.*, 737 F.2d 698 (7th Cir., 1984).

casos en los que los efectos de la misma se traduzcan inmediatamente en una subida de precios o en una restricción artificial de la producción, la opinión mayoritaria no se decanta claramente por una postura. Si exige efectos sobre el mercado, pero ¿qué efectos? ¿Bastaría para probar la anticompetitividad con delimitar un mercado geográfico y de producto relevante e identificar un determinado porcentaje del que han sido excluidos los competidores o, es necesario además probar que de esa exclusión se derivan efectivamente efectos negativos sobre los niveles de producción o precios? Del texto de la sentencia no se deduce claramente la respuesta⁹⁴. Desde luego, las posiciones de Chicago se reflejan en los votos particulares, pero no obtienen la adhesión mayoritaria⁹⁵.

A lo largo de la década de los ochenta, la visión liberal de Chicago sí ejercerá cierta influencia en los tribunales de justicia, fundamentalmente en los tribunales inferiores y, sobre todo, en la práctica de las agencias administrativas⁹⁶. Ahora bien, la recepción no ha sido tan exitosa como en

⁹⁴ Es más, el viejo objetivo de protección de la competencia sobre la base de los méritos empresariales sigue estando presente en el texto mayoritario.

⁹⁵ KRAMER: "The Supreme Court and Tying Arrangements", *cit.*, p. 1065, señala como el juez STEVENS, sucesor del juez BLACK en la conformación de la política del Tribunal Supremo frente a las prácticas de vinculación, si bien avanza y modifica determinadas conclusiones y razonamientos de éste, mantiene una visión más moderada –con la que consigue la adhesión mayoritaria– que los colegas republicanos, partidarios de la filosofía de Chicago y nombrados por el presidente Nixon (REHNQUIST, O'CONNOR, BURGER, POWELL).

⁹⁶ La decisión de no proseguir en el caso *Mercedes Benz of North America* (1981), refleja el cambio en la fiscalía general del Ministerio de Justicia, y la recepción por BAXTER, nuevo Fiscal General, de los principios de la Escuela de Chicago, en concreto, que una discriminación de precios instrumentada a través de una práctica de vinculación, no produce efectos anticompetitivos, –restricciones artificiales de la producción derivadas de un incremento del poder de mercado–, ya que, en realidad, es una forma de explotar más eficientemente el poder que ya se ostenta. Vid. FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, *cit.*, pp. 688-689.

Vid. *ad.ex.* Las Directrices en materia de restricciones verticales, publicadas por el Ministerio de Justicia, en 1985 (*Justice Department Vertical Restraints Guidelines*). El Ministerio se separa de los principios jurisprudenciales, tanto por lo que se refiere a los criterios de apreciación de la existencia de productos diferenciados –frente al test de la demanda diferenciada se defiende un análisis de la relación funcional entre los productos y de las ventajas económicas derivadas de la producción o distribución conjunta–, como al parámetro analítico de valoración de los efectos de las prácticas de vinculación sobre la competencia –proponiéndose, en determinadas ocasiones, la evaluación conforme a la regla de razón o *rule of reason*–.

otras áreas del Derecho *antitrust* (más a nivel doctrinal que jurisprudencial)⁹⁷. Es más, pronto empezarán a surgir posiciones Post-Chicago, que ponen en tela de juicio los parámetros utilizados por la Escuela para defender la procompetitividad general de estas conductas. De hecho, el siguiente y último caso, hasta la fecha, del Tribunal Supremo, en materia de vinculación, *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*⁹⁸, ha sido visto, por algunos autores, como un triunfo de las ideas económicas Post-Chicago, y un abandono de los principios de la Escuela de Chicago⁹⁹.

El objeto social de la empresa Eastman Kodak Company consistía en la producción y venta de fotocopiadoras, equipos micrográficos y piezas de recambio para esos equipos, así como, la prestación de servicios de asistencia y reparación de los mismos. Diversas organizaciones de servicio independientes (OSIs), dedicadas al suministro de piezas de recambio y reparación de los equipos Kodak, demandaron a la empresa, por considerar que la política de ésta de vincular el suministro de piezas de recambio a la

Asimismo, en las Directrices sobre licencia de propiedad industrial de 1995, publicadas conjuntamente por la FTC y el Ministerio de Justicia (*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*), se refleja una actitud más benevolente respecto a los contratos vinculados en industrias tecnológicas que en otros sectores. En las IPLG, se abandona la tradicional regla de prohibición *per se*, utilizada con carácter general para evaluar la legalidad de los contratos vinculados, a favor de la siempre más flexible, regla de lo razonable. Si bien los contratos vinculados pueden ser anticompetitivos, estos efectos no han de presumirse debido a su potencial beneficioso. A fin de determinar la validez o no de una licencia vinculada, las agencias van a examinar la presencia simultánea de tres requisitos: 1) El vendedor debe tener poder en el mercado del producto principal, 2) El acuerdo ha de tener un efecto adverso en el mercado relevante y, finalmente 3) Las justificaciones eficientísticas no deben compensar los efectos anticompetitivos.

⁹⁷ Vid. PARDOLESI: “Il caso Kodak e il monopolio da retrobottega”, *Foro Italiano*, 1992, p. 84.

⁹⁸ 504 U.S. 451 (1992).

⁹⁹ Así lo reflejan significativamente los titulares o rúbricas de diversos comentarios doctrinales del caso. Vid. *ad.ex.* LANDE: “Chicago takes it on the chin: imperfect information could play a crucial role in the post-Kodak world”, 62, ALJ, 1993, pp.193 y ss.; CUCINOTTA: “Il caso Kodak. L’ antitrust del dopo Chicago?”, *Foro italiano*, 1992, pp. 83 y ss.; FESTA: “*Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*: The Decline and Fall of the Chicago Empire?”, 65, *Notre Dame Law Review*, 1993, pp. 619 y ss.

contratación de sus propios servicios de asistencia constituía una vulneración de la *Sherman Act*¹⁰⁰.

El examen del Tribunal Supremo se centró en la determinación de la presencia o no de los elementos de responsabilidad de una conducta de vinculación y, más precisamente, en la cuestión de si, en el caso específico, se satisfacía el requisito de poder en el mercado del producto principal (piezas de recambio Kodak). De hecho, la pregunta concreta que se sometió a la consideración del órgano judicial, era si la falta de poder en el mercado primario de equipos (fotocopiadoras, equipos micrográficos) cerraba, como cuestión de derecho, la posibilidad de tener poder en los mercados de productos derivados (piezas de recambio, servicios de asistencia).

De nuevo, se produce una división de opiniones entre los magistrados. Mientras la opinión mayoritaria contesta negativamente esta cuestión, los votos particulares de los magistrados SCALIA, O'CONNOR y THOMAS, la resuelven afirmativamente.

Kodak alegaba que, aún cuando se considerara que ocupaba una cuota monopolística en el mercado de piezas de recambio para equipos Kodak, no podía ejercer su poder de mercado de forma contraria a la competencia, debido a la estructura competitiva del mercado primario de fotocopiadoras y equipos micrográficos. En concreto, Kodak carecía de la habilidad de incrementar los precios de las piezas de recambio y de los servicios de asistencia por encima del nivel que resultaría en un mercado competitivo, porque, cualquier ingreso en los beneficios que pudiera derivarse de una subida de los precios en estos mercados secundarios, se

¹⁰⁰ Kodak comenzó a vender piezas de recambio para sus fotocopiadoras y equipos micrográficos sólo a compradores de equipos Kodak que usaran los servicios de asistencia de Kodak o que repararan ellos mismos las máquinas. Dentro de esta misma política, se intentó limitar el acceso de las ISOs a otras fuentes que pudieran suministrar piezas de recambio Kodak. Kodak pretendía a través de estas prácticas obstaculizar o dificultar la prestación de servicios de asistencia a máquinas Kodak por parte de estas organizaciones independientes. Tuvo éxito. Estas empresas se vieron imposibilitadas para adquirir las piezas de recambio para los equipos Kodak de fuentes fiables y, muchas, se vieron obligadas a abandonar el mercado, mientras otras registraron un descenso considerable de sus beneficios.

vería contrarrestado por una pérdida de beneficios paralela en el mercado de equipos, ya que los consumidores desviarían su demanda hacia máquinas fotocopadoras con costes de servicio y reparación más atractivos.

Mayoritariamente, se rechaza, con carácter general, la irracionalidad o imposibilidad desde un punto de vista económico, de que no pueda existir poder de mercado en los mercados derivados si el mercado primario es competitivo. La posibilidad de ejercicio de poder de mercado –explotación ineficiente de los consumidores–, dependerá de la elasticidad cruzada de la demanda, la cual está en función de una pluralidad de circunstancias. En concreto, en el caso concreto, se consideró que los costes de información y los costes de cambio generaban una dependencia (*lock-in*) de los consumidores respecto de la empresa Kodak, que permitía a ésta la explotación abusiva de los mismos, ya que estos costes podrían determinar una menor conexión entre los precios de las piezas de reparación y de los servicios de asistencia y las ventas de equipos¹⁰¹.

Por el contrario, la posición manifestada en los votos particulares¹⁰², muy influida por las tesis de Chicago, defiende que la inexistencia de poder en el mercado del producto primario imposibilita la tenencia de poder en los mercados derivados. Lo contrario se considera infundado e irracional desde un punto de vista económico. Los argumentos sobre costes de información y cambio son rechazados. Se defiende una política de la competencia favorable a la licitud de las restricciones verticales, concretamente a las restricciones intramarca (*intrabrand*) que han de ser consideradas inocuas e incluso procompetitivas en los casos de existencia de competencia intermarca (*interbrand*)¹⁰³, ya que cualquier intento de explotar a los

¹⁰¹ Vid. 504 U.S. 451 (1992), pp. 13 y ss.

¹⁰² También la postura del gobierno americano, manifestada en la intervención en el proceso de la División Antitrust del Ministerio de Justicia a través de la figura de un *amicus curiae*, era favorable a la empresa Kodak, acogiendo posturas vecinas a las tesis de la Escuela de Chicago.

¹⁰³ La competencia intermarca se refiere a la competencia entre empresas que han creado unas marcas o distintivos para sus productos a fin de distinguirlos de otras marcas vendidas en el mismo segmento de mercado. La competencia intramarca consiste en la competencia entre distribuidores o minoristas de un producto de la misma marca, ya se refiera al precio o a otros aspectos. Vid. *Glosario de términos*

consumidores a través de las mismas pondrá en marcha el mecanismo autocorrector del mercado, desviándose la demanda hacia otros productos.

La valoración de este caso no es sencilla, como pone de relieve la multitud de opiniones doctrinales discrepantes al respecto¹⁰⁴. Visto por algunos como una manifestación judicial de irracionalidad económica¹⁰⁵, otros autores consideran que la opinión mayoritaria acoge, en realidad, los postulados Post-Chicago, que alejándose de la confianza ciega en la capacidad autocorrectora de los mercados que había caracterizado a la escuela anterior, afirman como la existencia de determinados fallos en el funcionamiento de los mercados (por ejemplo, los costes de transacción o las deficiencias en la información) pueden facilitar el éxito de determinadas conductas anticompetitivas¹⁰⁶. Es más, algunos autores ven, en este caso, un alejamiento de la eficiencia económica como foco exclusivo de atención del Derecho de la competencia (separación aún mayor de los principios de Chicago) y una vuelta o recuperación de valores como el derecho de los

utilizados en el ámbito de la política de la competencia de la Unión Europea. En ww.europa.eu.int/comm/competition/publications/#glossary.

¹⁰⁴ El caso *Kodak* ha sido fuente de numerosos comentarios doctrinales, que evalúan la adecuación de los planteamientos en él desarrollados desde perspectivas muy diversas. Vid. *ad .ex:* CUCINOTTA: “Il caso Kodak. L’ antitrust del dopo Chicago?”, *cit.*, pp. 83 y ss.; FESTA: “*Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*: The Decline and Fall of the Chicago Empire?”, *cit.*, pp. 619 y ss.; FOX: “*Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.*- Information failure as soul or hook?”, 62, ALJ, 1993-1994, pp. 759 y ss.; GRIMES: “Antitrust tie-in analysis after Kodak: a reply to Larson’s comment”, 63, ALJ, 1994-1995, pp. 266 y ss.; IDEM: “Antitrust tie-in analysis after Kodak: understanding the role of market imperfections”, 62, ALJ, 1993-1994, pp. 263 y ss.; HAY: “Is the glass half-empty or half-full? Reflections on the Kodak case”; ALJ, 1993; HOVENKAMP: “The Reckoning of Post Chicago Antitrust” en AA.VV.; *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham-Northampton, 2002; LANDE: “Chicago takes it on the chin: imperfect information could play a crucial role in the post-Kodak world”, 62, ALJ, 1993, pp.193 y ss.; LARSON: “Antitrust tie-in analysis after Kodak: a comment”, 63, ALJ, 1994-1995, pp. 238 y ss.; PARDOLESI: “Il caso Kodak e il monopolio da retrobottega”, *Foro Italiano*, 1992, pp. 84 y ss.; SHAPIRO: “Aftermarkets and consumer welfare: making sense of Kodak”, 63, ALJ, 1995, pp. 483 y ss.; SPIVACK/ELLIS: “Kodak: Enlightened antitrust analysis and traditional tying law”, 62, ALJ, 1993, pp. 203 y ss.

¹⁰⁵ Vid. HOVENKAMP: “The Reckoning of Post Chicago Antitrust”, *cit.*

¹⁰⁶ Vid. PARDOLESI: “Il caso Kodak e il monopolio da retrobottega”, *cit.*; FESTA: “*Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*: The Decline and Fall of the Chicago Empire?”, *cit.*, p. 624; TOFFOLETTI: “Compatibilità tra prodotti e tutela della forma e disciplina della concorrenza”, *Giurisprudenza Commerciale*, 1993, pp. 229 y ss.

agentes económicos de acceder a los mercados sobre la base de los propios méritos y a no ser excluidos injustamente de los mismos¹⁰⁷.

Al margen de las dudas interpretativas que suscita esta polémica sentencia, lo que sí resulta claro de la misma, aunque no se haga una referencia explícita, es el mantenimiento de la regla de prohibición *per se* cualificada frente a las prácticas de vinculación¹⁰⁸.

C) JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INFERIORES: MICROSOFT Y LEPAGE'S V. 3M

Eastman Kodak continúa siendo, hasta el momento, la última referencia sobre la postura del Tribunal Supremo frente a las prácticas de vinculación. No obstante, diversas sentencias de tribunales inferiores juegan un importante papel en la conformación de la política *antitrust* frente a estas conductas. De entre ellas, destacamos por su importancia, los pronunciamientos vertidos en el caso Microsoft y la reciente y, muy polémica, sentencia del Tribunal de Apelación para el Tercer Circuito, en el caso *LePage's v. 3M*¹⁰⁹.

1. Microsoft

Desde principios de los noventa, las autoridades estadounidenses y el gigante informático, Microsoft, han mantenido una polémica, sobre la forma de comercialización del sistema operativo Windows. El punto más conflictivo, núcleo del proceso entablado contra la empresa, consiste en la

¹⁰⁷ Esta interpretación es defendida por SPIVAK y ELLIS (“Kodak: Enlightened antitrust analysis and traditional tying law”, *cit.*, pp. 214 y ss.). También la recoge FOX: “*Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.*- Information failure as soul or hook?”, *cit.*, pp. 766 y ss.: “Eastman Kodak representa una fisura en la armadura del modelo de eficiencia asignativa”.

¹⁰⁸ HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*, *cit.*, p. 363.

¹⁰⁹ 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003).

valoración *antitrust* de la vinculación contractual y tecnológica de Windows y el navegador de Internet, Internet Explorer (IE)¹¹⁰.

En *Microsoft I*, las acusaciones de vinculación ilegal, se resolvieron finalmente en apelación, considerándose que navegador y sistema operativo eran un único producto y, por tanto, rechazándose la aplicabilidad de la prohibición *per se* de las prácticas de vinculación¹¹¹.

La demanda planteada por el Ministerio de Justicia en 1998 abre el largo recorrido procedimental de *Microsoft II*. La vinculación contractual y tecnológica de Windows y del IE constituye el corazón de la denuncia de violación de dos preceptos de la normativa *antitrust*¹¹². En concreto, la empresa informática es acusada por el Ministerio de Justicia de: 1) Integrar ilegalmente dos productos diferenciados (en violación de la sección 1 de la *Sherman Act*); 2) Utilización de tácticas anticompetitivas –entre otras, prácticas de vinculación- para mantener el monopolio en el mercado de sistemas operativos para PC (conducta de monopolización prohibida por la sección 2 de la *Sherman Act*) y 3) Intento de monopolización del mercado de navegadores (sección 2 de la *Sherman Act*). A estas denuncias, se añade la planteada por diversos Estados, de que Microsoft se ha servido de su posición dominante en el mercado de los sistemas operativos para obtener una ventaja competitiva en un segundo mercado (*leveraging*) –mercado de los navegadores- en violación de la sección 2 de la *Sherman Act*.

¹¹⁰ Sobre el *iter* procedimental del caso Microsoft, vid. *supra*, Capítulo II.II.B.1,1.2.

¹¹¹ Vid. *supra*, Capítulo II.II.B.1,1.2.

¹¹² El Ministerio de Justicia también acusó a Microsoft de excluir a la empresa Netscape del mercado de navegadores a través de la celebración de contratos de distribución exclusiva en violación de la sección 1 de la *Sherman Act*. Esta acusación fue desestimada ya en primera instancia. El Tribunal mantuvo que sólo las vinculaciones contractuales que excluyen sustancialmente a los competidores de un mercado relevante, al reducir significativamente el número de canales de distribución con los que cuenta el competidor para hacer llegar sus productos a los consumidores, vulneran la sección 1 de la *Sherman Act*. En el caso concreto, pese a que los acuerdos verticales de Microsoft, cerraran el acceso de Netscape a los canales de distribución más eficientes, esta empresa mantenía, no obstante, la posibilidad de hacer llegar su producto a los consumidores a través de otras vías. Vid. *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000).

El examen detallado de la resolución de cada una de las cuestiones planteadas resulta de enorme interés, en cuanto, ofrece una panorámica bastante amplia sobre las posibles lesiones anticompetitivas asociadas a las prácticas de vinculación, así como a los requisitos identificados por los tribunales para su concreción en la práctica.

1) *Mantenimiento del poder dominante en el mercado de sistemas operativos a través de medios anticompetitivos* (sección 2 de la *Sherman Act*).

Para sancionar a una empresa por monopolización de un mercado es necesario que se encuentren presentes dos circunstancias. En primer lugar, la existencia de poder de mercado y, en segundo, el mantenimiento o refuerzo intencionado de ese poder a través de conductas o prácticas anticompetitivas¹¹³. El Tribunal de instancia reconoció la presencia de las circunstancias señaladas en el presente caso, y consideró que Microsoft había vulnerado la sección 2 de la *Sherman Act* mediante el desarrollo de una política tendente a impedir la distribución y desarrollo de una serie de productos (Java y Netscape) que podían amenazar su posición de dominio en el mercado de los sistemas operativos.

Afirmada la existencia de posición de dominio¹¹⁴, la parte más

¹¹³ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966).

¹¹⁴ El Tribunal consideró que el mercado relevante era el mercado mundial de sistemas operativos para PC compatibles con Intel, rechazando los argumentos de la empresa frente a esta delimitación (Vid. BISHOP: “Microsoft sotto processo”, *Mercato, Concorrenza, Regole*, a.I, n. I, 1999). Una vez delimitado el mercado de referencia, el siguiente paso del análisis estaba dirigido a determinar si podía considerarse que la empresa poseía en el mismo una posición de dominio, es decir, si tenía capacidad para controlar los precios o excluir a los competidores del mercado. Dos factores motivaron la respuesta afirmativa del Tribunal al respecto. En primer lugar, la existencia de importantísimas cuotas de mercado (95% o 80% en el caso de que los sistemas operativos Mac fueran incluidos en el mercado relevante). En segundo lugar, la presencia de elevadas barreras de entrada en el mercado de los sistemas operativos. Barreras, centradas en el efecto red de las aplicaciones informáticas. “La existencia de este tipo de barreras de entrada, las aplicaciones, resulta de dos características del mercado de software: 1) la mayoría de los consumidores prefieren un sistema operativo para el que haya sido escrito un gran número de aplicaciones y 2) la mayoría de los programadores prefieren escribir para sistemas operativos con una gran difusión entre los consumidores.” Microsoft intentó rebatir esta presunción de posición dominante alegando que su comportamiento y su política de precios no era consistente con la de un monopolista y que estaba sujeto a fuertes constreñimientos que le impedían

interesante del análisis judicial se centra en la caracterización de la política de Microsoft. El desarrollo del navegador de Internet, Netscape Navigator (NN) y del lenguaje JAVA de Sun Microsystem (*middleware*), amenazaba el mantenimiento de las barreras de entrada (aplicaciones desarrolladas en exclusiva para Windows) y, por tanto, del poder de Microsoft en el mercado de los sistemas operativos¹¹⁵. La concreción real de estas amenazas, dependía, entre otros factores, de que el NN consiguiera una masa crítica de usuarios de sistemas operativos y de la posibilidad de que el lenguaje Java pudiera ser desarrollado y utilizado en diversas plataformas. Microsoft ideó una determinada política empresarial destinada a paliar ambos peligros¹¹⁶. La vinculación de IE y Windows, concretamente, se enmarca dentro de las medidas destinadas a evitar la difusión y consolidación del Netscape Navigator, intentando impedir su acceso a los canales de distribución más eficientes: fabricantes de PC (OEMs)¹¹⁷ y Proveedores de acceso a Internet

ejercitar tal poder de mercado. Alegaciones que fueron rechazadas por el Tribunal: “Ni los esfuerzos de la empresa en materia de innovación tecnológica ni su política de precios es incompatible o inconsistente con la posesión de poder monopolístico”.

¹¹⁵ Por lo que se refiere al Nestcape Navigator, Microsoft temía que dicho navegador pudiera devenir una base para el desarrollo de software basado en Internet, susceptible de competir con el propio Windows.

La preocupación era similar respecto del lenguaje de programación Java desarrollado por la empresa Sun Microsystem. Diseñado para ser utilizado en diversos tipos de microprocesadores (incluso diversos de Intel) habría podido reducir la importancia de numerosos sistemas operativos, entre ellos, el propio Windows.

Para un análisis más detallado sobre los riesgos que el desarrollo de la tecnología *middleware* suponía para el mantenimiento del poder de Windows en el mercado de los sistemas operativos, vid. FOX: “What’s harm to competition?..”, *cit.*, pp. 384-385; WEINSTEIN: “Bundles of Trouble: the possibilities for a New Separate- Product Test in Technology Tying Cases”, 3, *Cal.L.Rev.*, 2002, p.924; *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935 (D.C.Cir. 1998), pp. 17 y ss.

¹¹⁶ Entre las medidas adoptadas por la empresa informática para combatir la amenaza del lenguaje JAVA, destacan: (1) La creación por parte de Microsoft de una implementación Java para Windows que impedía la interoperabilidad y que era incompatible con otras aplicaciones; (2) MS indujo a los programadores a utilizar su implementación para Java en lugar de la de la empresa Sun; (3) Microsoft impidió que Intel ayudara a otras empresas a la creación de enlaces o interfaces susceptibles de funcionamiento en diversas plataformas; (4) Microsoft impulsó a los ISVs la utilización y distribución de las versiones de Windows JVM en lugar de las versiones de Sun.

¹¹⁷ (1) Vinculación del IE a Windows con vínculos contractuales, primero, y tecnológicos después, a fin de asegurar la preeminente presencia del IE en todo sistema de PC que utilizara Windows, e incrementar los costes de instalación y uso

(IAPs)¹¹⁸. Finalidad identificada también en los diversos contratos celebrados por Microsoft con la empresa Apple y diversos proveedores, tanto de servicios de Internet (ISVs) como de contenidos de Internet (ICPs).

El tribunal consideró que la política seguida por Microsoft, tanto en un análisis individualizado de las distintas conductas como en una apreciación global, era anticompetitiva. La afirmación de anticompetitividad se basó en el potencial excluyente de las prácticas, en su carácter predatorio¹¹⁹ y, fundamentalmente, en la inexistencia de una justificación

de NN en cualquier ordenador que utilizara Windows; (2) Microsoft impuso límites en la libertad de los fabricantes de PC de reconfigurar o modificar Windows 95 y 98 de tal forma que se permitiera generar utilización para NN, a pesar de los instrumentos contractuales y tecnológicos que Microsoft había utilizado para vincular IE a Windows; (3) Microsoft utilizó incentivos y amenazas para inducir a fabricantes especialmente importantes, -p.e. Compaq- a favorecer el IE a costa del NN, a través de su política distributiva, promocional y tecnológica.

¹¹⁸ La importancia de estos canales para la distribución del navegador es clara, para acceder a la red cualquier usuario de PC precisa del acceso a Internet, acceso que es proporcionado por las IAPs. La elección de un determinado navegador por las IAPs repercutirá en los consumidores. Por ello, Microsoft diseñó una política orientada a garantizar que los proveedores de acceso a Internet utilizaran preferentemente el IE, restringiendo la promoción y distribución del NN. Así, por ejemplo, la empresa concedió a los proveedores licencias gratis del IE y del kit de acceso de IE; llevó a cabo una valiosa campaña promocional de los diez proveedores más importantes a cambio del compromiso de éstos de promover y distribuir IE y de exiliar de los ordenadores a NN. Por último, concedió rebajas, descuentos o incluso pagos directos a esos mismos proveedores a cambio de que éstos se obligaran a actualizar a suscriptores existentes a software vinculado al IE en lugar de al NN.

¹¹⁹ También pueden constituir instrumentos competitivos en el sentido de la sección 2 de la *Sherman Act* las conductas predatorias, que son aquéllas que implican una agresión a las empresas rivales a través del uso de prácticas empresariales que no pueden ser consideradas maximizadoras de beneficios excepto por la confianza en que: 1) los competidores actuales serán eliminados del mercado o se bloqueará o retrasará la entrada de los competidores potenciales de tal forma que el predador ganará o mantendrá una cuota de mercado suficiente para obtener beneficios monopolísticos, 2) los competidores serán castigados lo suficiente como para abandonar el comportamiento competitivo que el predador considera amenazador para la obtención de sus beneficios monopolísticos. La prueba de que una empresa maximizadora de beneficios llevó a cabo una conducta predatoria, es suficiente para probar la amenaza de un efecto excluyente sustancial. El Tribunal consideró que Microsoft había sido incapaz de explicar por qué pagó vastas sumas de dinero e incurrió en enormes pérdidas anuales con el IE. Estos gastos sólo se explicaban racionalmente si la empresa esperaba obtener algo de los mismos, concretamente, la perpetuación de las barreras de entrada en el mercado de los sistemas operativos, de ahí que se calificara de predatoria la campaña de Microsoft.

empresarial legítima lo suficientemente relevante como para compensar el daño en el desarrollo del proceso competitivo¹²⁰.

¿Qué criterio se utilizó para determinar la presumible anticompetitividad de la conducta? El Tribunal sigue los parámetros de análisis clásicos, centrados, no en los efectos inmediatos de la conducta respecto del nivel de producción y precios del sistema operativo, sino en el daño al proceso competitivo considerado de forma dinámica. La conducta de Microsoft entorpecía el proceso competitivo por medio del cual la industria del software informático promovía generalmente la innovación y el beneficio óptimo de los consumidores. La afirmación de la anticompetitividad de la conducta de Microsoft no es consistente con la teoría de la restricción de la producción –a menos que ésta sea objeto de una interpretación muy extensiva-, sino con el principio de protección del mercado frente a distorsiones significativas e injustificadas. La exclusión constituye la piedra angular del juicio de competitividad. En principio, no existía posibilidad de saber si las prácticas excluyentes y las amenazas de Microsoft perjudicaban a los consumidores desde el punto de vista de los precios y la innovación, pero el Tribunal consideró más conveniente que la evolución futura de los mercados no quedara en las manos de Microsoft, sino en las fuerzas más impersonales de la competencia¹²¹.

El Tribunal de apelación, si bien revoca alguna de las conclusiones anteriores¹²², mantiene, en líneas generales, la valoración sobre el carácter

¹²⁰ Las justificaciones empresariales procompetitivas alegadas por Microsoft no fueron consideradas suficientemente relevantes como para justificar el efecto excluyente de las conductas. Entre otras, la empresa alegó que la unión entre el navegador y el sistema operativo era fruto de la innovación tecnológica, que la imposición de restricciones a los fabricantes de ordenadores entraba dentro del ejercicio legítimo de sus derechos de autor y que el comportamiento excluyente tenía como finalidad prevenir conductas de parasitismo con respecto a las inversiones de la empresa en determinados artículos orientados a los consumidores (*Referral Server* o la carpeta de servicios online –*online services folder*-).

¹²¹ Vid. FOX: “What’s harm to competition?...”, *cit.*, p. 384.

¹²² El Tribunal consideró que las condiciones de licencia de Windows a los fabricantes de PC tenían el efecto de excluir o reducir drásticamente la posibilidad de uso de otros navegadores y, por tanto, de mantener el poder de Microsoft, en el mercado de los sistemas operativos. Junto a estos instrumentos contractuales de unión, el Tribunal también consideró que se había producido una integración

excluyente y anticompetitivo de la política de Microsoft y la ausencia de justificaciones empresariales razonables. La empresa se ha servido de medios anticompetitivos para mantener y reforzar su posición dominante en el mercado de los sistemas operativos, en violación de la sección 2 de la *Sherman Act*.

El resto de las acusaciones planteadas frente a Microsoft, se fundamentan en los eventuales efectos lesivos para la competencia de la política de vinculación de Windows y el IE en el mercado de los navegadores.

2) *Intento de extensión del poder de dominio a un segundo mercado a través de medios anticompetitivos* (sección 2 de la *Sherman Act*).

Para sancionar a una empresa por intento de monopolización de mercados (*attempt to monopolize*) con arreglo a la sección 2 de la *Sherman Act*, es necesario probar la concurrencia de tres elementos. Realización de una conducta anticompetitiva por parte de la empresa demanda, específica intención de monopolizar y, por último, una peligrosa probabilidad de éxito en la obtención de poder en un segundo mercado¹²³.

“tecnológica” entre IE y Windows, sobre la base de tres factores concretos: 1) supresión de la posibilidad de desinstalar el navegador a través del comando “Añadir/Suprimir programas”; 2) Unión de los códigos del navegador y del sistema operativo en los mismos ficheros, de tal modo que, la eliminación del navegador podía dañar o impedir el funcionamiento del sistema operativo y 3) ignorar en determinadas circunstancias las preferencias manifestadas por los consumidores hacia un navegador distinto del IE. Sólo en el último de los casos ofreció Microsoft una justificación empresarial razonable. Respecto del resto de condiciones se consideró que su única finalidad era excluir a los competidores y eliminar amenazas potenciales para Windows. Por lo que a los acuerdos con los proveedores de acceso a Internet se refiere, algunas conductas que habían sido consideradas anticompetitivas por el Tribunal de primera instancia, como el ofrecimiento gratis del IE o del IEAK, no recibirán esa consideración por el Tribunal de Apelación. Éste rechaza a su vez la anticompetitividad de los acuerdos suscritos con los proveedores de contenidos de Internet, pero mantiene la de los acuerdos con Apple y con los vendedores de servicios de Internet.

¹²³ *Swift & Co. v. U.S.*, 196 U.S. 375 (1905).

El juez JACKSON consideró probados los tres elementos, y condenó a Microsoft por intento de monopolización del mercado de los navegadores¹²⁴. Ahora bien, este fallo fue revocado en apelación. El principal error del Juzgado de Instancia fue plantear el mismo argumento bajo dos rúbricas diferentes: mantenimiento de la posición de monopolio e intento de monopolización de un segundo mercado, dando por hecho que la prueba de la primera conducta bastaba para probar la segunda. Los efectos lesivos de la competencia se predicaban en un mercado diverso a aquél en el que la empresa ocupaba una posición de dominio. Una conducta sólo puede ser sancionada como intento de monopolización, si existe una peligrosa posibilidad de éxito de obtención de poder económico en un mercado definido. A tal fin es necesario probar la existencia de ese segundo mercado, lo que exige su delimitación con arreglo a los mismos criterios utilizados para definir el mercado del producto principal. En segundo lugar, es preciso examinar la estructura de éste: grado de concentración, competencia potencial y eventuales barreras de entrada, a fin de constatar la posibilidad real de adquirir una posición de poder en el mismo. Este análisis está totalmente ausente en la sentencia de instancia; el juez JACKSON se limitó a especular sobre la evolución de las cuotas de Netscape y Microsoft con respecto a los navegadores, sin entrar a una delimitación y valoración del presunto mercado afectado.

3) *Acuerdo restrictivo del comercio* (sección 1 de la *Sherman Act*).

La unión forzosa entre IE y Windows también será evaluada desde la perspectiva de la sección 1 de la *Sherman Act*, como acuerdo restrictivo del comercio. El juez JACKSON aplica al respecto el test tradicional, basado en la prohibición *per se* de estas conductas si se cumplen los tres requisitos

¹²⁴ La propuesta de reparto del mercado de navegadores hecha a Netscape en junio de 1995, así como los intentos de Microsoft por privarle de su cuota de mercado, constituían prueba suficiente de la presencia de una conducta anticompetitiva. La específica intención de monopolizar se deduce de que la propuesta fue hecha por Microsoft con pleno conocimiento de que la aquiescencia de Netscape a su esquema de asignación de mercados hubiera atribuido al IE una cuota en el mercado de los navegadores casi monopolística. Propuesta que, en sí misma, también satisfacía el tercer requisito –probabilidad de éxito–, ya que la eventual aceptación de Netscape hubiera dado a Microsoft un monopolio instantáneo.

identificados desde *International Salt*: existencia de dos productos diferenciados, poder en el mercado del producto principal y afectación sustancial del comercio en el mercado del producto vinculado. El punto débil del análisis de JACKSON, que motivará su revocación en apelación, radica en la interpretación realizada del alcance del requisito de afectación sustancial del comercio. La presencia de este elemento se deduce de la implicación de un volumen de negocios significativo, en términos monetarios. Volumen de negocios que ni siquiera es concretado; el Tribunal se limita a afirmar que, dada la magnitud e importancia de la empresa demandada, el montante de ventas que se ha visto afectado como consecuencia de su conducta, es “obviamente” muy superior al que pueda ser considerado insustancial.

JACKSON sigue por tanto la política tradicional en materia de enjuiciamiento de las prácticas de vinculación. El escaso rigor económico presente en su razonamiento determinará que sus conclusiones sobre la anticompetitividad de la conducta no sobrevivan a la apelación. El Tribunal de Circuito entenderá, en primer lugar, la necesidad de enjuiciamiento de la conducta conforme a la regla de razón, con arreglo a la cual es necesario, para sancionar una conducta, probar los efectos anticompetitivos reales de la misma. Esto exige, a su vez, una delimitación del mercado del producto vinculado, a fin de precisar los daños concretos que la práctica causa en la estructura y resultados del mercado dibujado¹²⁵.

4) *Leveraging* (violación de la sección 2 de la *Sherman Act*)

A las acusaciones planteadas por el Ministerio de Justicia, se sumó una alegación formulada por los Estados. Éstos acusaban a Microsoft de haber utilizado su posición de poder en el mercado de los sistemas

¹²⁵ El Tribunal remite este caso para que vuelvan a ser planteadas y analizadas, conforme a los criterios expuestos, las acusaciones de vinculación ilegal. Acusaciones que el Ministerio de Justicia (DOJ) decidió no formular, según algunos autores porque, en realidad, no tenía verdadero interés en ganar el caso, FOX: “What is harm to competition?...”, *cit.*, p. 396.

operativos para obtener una ventaja competitiva en un segundo mercado, el mercado de los navegadores de Internet, con independencia de la existencia o no de intento de monopolización de ese mercado (*monopoly leveraging*), en violación de la sección 2 de la *Sherman Act*. Esta acusación fue rechazada ya en primera instancia. Aludiendo al deterioro y al escepticismo progresivo que había venido sufriendo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la teoría del *leveraging*, el Tribunal concluirá que para apreciar una violación de la sección 2 de la *Sherman Act*, no basta meramente con la obtención de una ventaja competitiva, sino que es necesaria la monopolización actual o la existencia de una peligrosa probabilidad de monopolización. Efectos concretos, por tanto, en la estructura o funcionamiento de los mercados. La conducta de la empresa no será ilícita si el segundo mercado continúa siendo competitivo.

Pese a que el Tribunal Supremo no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la conducta de Microsoft y, no obstante el desistimiento por parte del gobierno estadounidense en la persecución de la práctica de vinculación, el examen de la sentencia de instancia y de la revisión de la misma realizada por el Tribunal de Circuito, proporcionan determinadas indicaciones útiles sobre la política *antitrust* actual frente a los contratos vinculados. En primer lugar, se reconsidera el potencial lesivo de estas conductas. Toda práctica de vinculación supone la unión entre dos productos diversos comercializados en distintos mercados. Los daños que la misma es susceptible de causar a la competencia no se circunscriben, como había sido mantenido tradicionalmente, al mercado del producto vinculado, sino que éstos pueden alcanzar también al mercado del producto principal.

En segundo lugar, se reconoce, expresamente, la ambigüedad de las prácticas de vinculación desde la óptica de la competencia. Abandonándose planteamientos tradicionales que rechazan cualquier virtud o beneficio económico concretable a través de estas conductas, se afirma la posibilidad de que de las mismas se deriven efectos económicos beneficiosos que permitan compensar las eventuales lesiones.

Por último, si bien la concreción de la naturaleza del ilícito competitivo no resulta de forma tajante, sí se pone de manifiesto la

necesidad de llevar a cabo un análisis económico más riguroso. Se descarta que la mera obtención de una ventaja competitiva, o el falseamiento de la competencia sobre la base de los méritos empresariales, puedan constituir un efecto anticompetitivo, si no van acompañadas de una incidencia en un mercado delimitado. La lealtad o justicia de las transacciones desprovista de efectos en el mercado, deja de ser un parámetro de anticompetitividad. Es preciso un daño al mercado. Ahora bien, la naturaleza de esa afectación de los mercados ya no resulta tan clara del examen del caso. ¿Bastaría con la prueba de una afectación sustancial de la estructura de los mercados, o sería necesario algo más, probar que de resultados de la conducta se ha producido un daño directo e inmediato a los consumidores, manifestado en la existencia de precios más elevados? Los tribunales no se decantan claramente por una u otra postura, sino que se mueven entre ambas con cierta ambigüedad. Ambigüedad general, por otra parte, en la valoración de conductas de potencial excluyente significativo, pero de las que no se derivan reducciones inmediatas y directas de la producción.

2. *Le Page's v. 3M*

Recientemente, el Tribunal de Apelación para el Tercer Circuito, ha resuelto, en aplicación de la sección 2 de la *Sherman Act*, un caso, cuyos supuestos de hecho, si bien no constituyen propiamente una práctica de vinculación, sí pueden tener cierta trascendencia en el análisis de la política judicial frente a estas conductas empresariales. El caso se inicia, como consecuencia del ejercicio de una acción privada contra la empresa 3M por parte de un competidor, la empresa *Le Page's*¹²⁶.

Le Page's, empresa productora de cinta adhesiva con marca blanca del distribuidor (*second brand y private label tape*), alegó que 3M (*Minnesota Mining and Manufacturing Co.*) mantenía ilegítimamente su monopolio en el mercado de cinta adhesiva transparente –en el que, gracias a su cinta identificada con la marca *Scotch*, poseía un noventa por ciento de cuota de mercado- en violación de la sección 2 de la *Sherman Act*. 3M había diseñado

¹²⁶ *Le Page's v. 3M*, 324 F.3d, 141 (3d Cir. 2003).

un programa de rebajas condicionado a la adquisición de diversas gamas de productos de la empresa, lo que, en opinión de Le Page's conducía en la práctica a que los clientes mayoristas de 3M dejaran de comprar a Le Page's –o redujeran sustancialmente sus relaciones comerciales con ésta- a fin de evitar la pérdida significativa de descuentos en otros productos. Le Page's alegó que ella no podía ofrecer un sistema de descuentos similar ya que, su actividad económica, se centraba exclusivamente en la venta de cinta adhesiva, único producto, por tanto, en el que ella podía reducir los precios.

Frente a estas acusaciones, la empresa 3M alegaba, sobre la base de los principios sentados en el caso *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*¹²⁷ que “una demanda en materia de monopolización no puede prosperar, a menos que el demandante pruebe que el monopolista vendió sus productos por debajo de su coste”. El Tribunal rechaza la aplicación de los principios de *Brooke Group*¹²⁸, caso referente a políticas de precios

¹²⁷ 509 U.S. 209 (1993).

¹²⁸ En el caso *Brooke* se fijaron determinadas reglas y principios de valoración de las políticas de descuentos realizadas por empresas en posición dominante. En concreto, se estableció como parámetro de anticompetitividad, el descenso de los precios por debajo del nivel de costes. La filosofía justificadora de esta regla reside, no en la creencia de que si los niveles de precios están por encima de los costes los descuentos de una empresa carecen necesariamente de efectos anticompetitivos, sino porque, en el contexto específico de políticas de descuentos agresivas, este baremo proporciona una línea sólida de división que permite la preservación de los descuentos o rebajas como instrumento esencial de la competencia sobre la base de los méritos empresariales. El Tribunal desarrolló este principio con arreglo a una serie de argumentos: 1) La existencia de precios bajos beneficia a los consumidores, independientemente de la forma en que éstos vengan fijados. La prohibición de rebajas o descuentos, en los casos en los que los precios se mantengan por encima de los costes, podría privar a los consumidores de un beneficio real a cambio de beneficios futuros y especulativos. Es preferible incentivar la reducción de los precios hasta alcanzar niveles eficientes y competitivos, pese a la existencia de algunos riesgos competitivos; 2) Los precios bajos, pero por encima de los costes, pueden conducir a la exclusión de un competidor, simplemente debido a la estructura de costes más reducida del presunto predador, lo que, en realidad, constituye una manifestación de la competencia sobre la base de los méritos empresariales; 3) El control de las políticas de descuentos que conducen a un nivel de precios por encima de los costes de distribución o producción de una empresa excede de la capacidad real de las autoridades judiciales en la práctica, ya que puede incurrirse en riesgos intolerables de prevención de reducciones o descuentos legítimos. Finalmente, el Tribunal afirmó que los descuentos anticompetitivos no prohibidos con arreglo a esta regla (falsos negativos) serían extremadamente infrecuentes y carecerían, en la mayoría de los casos, de consecuencias relevantes, ya que la mayoría de la doctrina había puesto de manifiesto el escaso atractivo y la dificultad que las políticas predatorias poseen para las empresas. Éstas raramente se llevarán a cabo y, aún en el caso de que se intenten, sólo excepcionalmente

predatorias, a la política comercial objeto de examen. Si bien, la política de 3M no constituye propiamente una práctica de vinculación –los productos afectados por las rebajas conjuntas eran susceptibles de adquisición individual-, el Tribunal apreciará ciertas analogías entre ésta y los contratos vinculados. En concreto, considerará que las rebajas condicionadas a la adquisición de una gama de productos diversos poseen el mismo efecto de exclusión del mercado, que las prácticas de vinculación propiamente dichas y afirma expresamente que, “en función del número de productos que sean agregados al paquete al que se refieren los descuentos y de la adquisición relativa de cada uno de ellos por parte de los clientes, incluso para una empresa igualmente eficiente, puede resultar imposible intentar compensar la pérdida de descuentos sobre bienes que ella no produce”¹²⁹.

Rechazados los argumentos presentados por la empresa demandada, orientados éstos a que se afirmara expresamente la imposibilidad de caracterizar como anticompetitiva su conducta ya que, en ningún caso, las rebajas ofrecidas, si bien sustanciosas, determinaban una venta de los bienes por debajo de su coste de producción, el Tribunal buscará un test diverso para enjuiciar las políticas de descuentos o rebajas sobre una gama de productos. Así, se afirma que “constituye una violación de la *Sherman Act*, la conducta excluyente o predatoria de una empresa monopolística en ausencia de una justificación empresarial válida”. No obstante, el Tribunal no articuló un principio claro de distinción entre rebajas legales e ilegales. La conducta de 3M tenía un efecto claro de exclusión de un rival del mercado; ahora bien, no existía un daño directo a los consumidores, es más, estos se veían beneficiados por las reducciones de precios. Tampoco podía ser considerada predatoria ya que los precios se mantenían –con independencia del sistema de medición utilizado- siempre por encima de los costes. En principio, por tanto, la conducta parecía una forma agresiva de competencia. El Tribunal, no obstante, consideró que la práctica podía tener efectos lesivos de la competencia a largo plazo: la práctica no lesionaba sólo a un competidor, sino que además suponía un daño de la

tendrán éxito. El riesgo de falsos positivos –prescripción de conductas competitivas legítimas- sería mucho mayor si se arbitrara una fórmula diversa.

¹²⁹ No obstante, el Tribunal no reconoció la existencia de suficientes elementos de prueba como para concluir que un rival igualmente eficiente no hubiera podido compensar los descuentos ofrecidos por 3M.

competencia en sí ya que, cabía prever, en un futuro, una vez que LePage's hubiera abandonado el mercado, un incremento de los precios y una restricción de la producción¹³⁰. Por tanto, a menos que existiera una justificación empresarial objetiva y razonable de la conducta, ésta habría de ser declarada prohibida conforme a la sección 2 de la *Sherman Act*. El Tribunal se centra a la hora de examinar los argumentos de eficiencia económica alegados en justificación de la práctica, sólo en eficiencia de naturaleza productiva¹³¹, –razonamiento similar a la política seguida en Europa-, pero no atiende a posibles logros en la eficiencia asignativa. No entra a valorar si la conducta ha supuesto una mejora del bienestar del consumidor como consecuencia de la existencia de precios más bajos o la oferta de condiciones de venta más atractivas¹³².

La sentencia desató una enorme polémica, numerosas empresas solicitaron al Tribunal Supremo que revisara el caso ¹³³, si bien, éste finalmente denegó estas peticiones¹³⁴. Numerosas voces críticas se alzarán frente a la política mantenida por el Tribunal del Tercer Circuito. Se denuncia que, a través de esta línea argumental, que sacrifica beneficios

¹³⁰ El Tribunal apoya esta presunción del potencial lesivo de la conducta a largo plazo, tanto en la intención de 3M (documentos que prueban la intención futura de 3M de subir los precios) como en la existencia de barreras de entradas en el mercado de cinta adhesiva –si bien no se describen-, simplemente se afirma que, hasta la fecha, ningún competidor –ni siquiera extranjero- había conseguido amenazar el monopolio de 3M en este mercado.

¹³¹ “3M no ha proporcionado ninguna prueba de la existencia de eficiencias económicas reales derivadas de la facturación o consignación conjunta”.

¹³² En concreto, si la conducta ha contribuido a la consecución de la eficiencia asignativa, como consecuencia de la aproximación de los precios al nivel de costes. Vid. sobre los conceptos de eficiencia productiva y asignativa, *supra*, Capítulo I.II.C.1.

¹³³ Vid. *ad.ex.*, *3M v. Le Page's. On petition for a Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit*. Brief for Amici Curiae Bellsouth Corp., Eastman Kodak Co., Hormel Foods Corp., Johnson & Johnson, Kimberley-Clark Corp., Nokia Inc., Schering-Plough Corp., Verizon Communications in support of petitioner. No. 02-1865.

¹³⁴ Las agencias administrativas en materia de competencia (DOJ y FTC) fueron invitadas a pronunciarse al respecto. Si bien sus informes señalan el carácter poco sólido de la política mantenida en la sentencia, desaconsejan un pronunciamiento del Tribunal Supremo, ya que los elementos fácticos del caso no eran los más adecuados para establecer una política general en materia de rebajas sobre una gama de productos.

directos de los consumidores en aras a protegerlos frente a daños futuros e hipotéticos, se desincentiva la competencia agresiva en los precios por parte de las grandes empresas ante el temor de que su conducta sea declarada anticompetitiva. El razonamiento seguido por el Tribunal, supone una recuperación de posturas tradicionales sobre la naturaleza del ilícito competitivo. De hecho, a diferencia de la mayoría de decisiones estadounidenses, el fallo refleja preocupaciones más usuales en la Unión Europea, como un cierto sentimiento de injusticia en los casos en los que una gran empresa o una compañía de producción múltiple explota sus ventajas en detrimento de rivales de menor tamaño o, una perspectiva limitada de la eficiencia económica, centrada en la reducción de costes de producción.

En conclusión, la política en materia de prácticas de vinculación refleja un cambio constante en los parámetros de valoración de estas conductas empresariales, cambio paralelo al que ha venido experimentando la propia determinación de la naturaleza del ilícito competitivo. La interpretación jurisprudencial ha venido dibujándose y formulándose en atención a las distintas concepciones mantenidas sobre los objetivos concretos del Derecho de la libre competencia, concepciones que, en algunas ocasiones, han enfatizado la contribución de las prácticas de vinculación a la consecución de la eficiencia económica y, en otras, han destacado el carácter preponderante de otros valores, como la preservación de la justicia en el desarrollo del proceso competitivo, o el carácter dinámico y abierto de los mercados. No puede negarse que la política judicial en la materia carezca de principios, el problema es que dos concepciones muy diversas –y en contradicción-, sobre el concepto de daño a la competencia, han fundamentado el juicio de anticompetitividad de las prácticas de vinculación. El debate actual entre los defensores de una política *antitrust* destinada exclusivamente a la preservación y promoción de la eficiencia económica y aquéllos que insisten en la necesidad de tener en consideración otros valores o intereses no es nuevo, es reflejo de argumentos que han estado presentes en los tribunales a lo largo de toda la historia de aplicación de las normas *antitrust* a los contratos vinculados.

III. EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA COMUNITARIA EUROPEA¹³⁵

A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La política comunitaria europea en materia de vinculación es menos rica en casos que la estadounidense. En principio, estas conductas se encuentran prohibidas tanto por el artículo 82 del Tratado CE, que condena las conductas abusivas de empresas en posición dominante, como por el artículo 81 del Tratado, que sanciona los acuerdos entre empresas restrictivos de la competencia. El artículo 81 puede aplicarse tanto a los acuerdos horizontales o prácticas concertadas entre proveedores competidores para supeditar la venta de un producto a la adquisición de otro producto distinto como a los acuerdos verticales, celebrados entre empresas situadas en distintas fases del proceso de producción y distribución de bienes o servicios en el mercado¹³⁶. Ahora bien, pese a la existencia de esta doble previsión normativa, en Europa, a diferencia de

¹³⁵ Vid. BELLAMY/CHILD: *European Community Law of Competition*, Londres, 2001, pp. 747 y ss.; FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia*, Barcelona, 1998, pp. 802 y ss.; GONDER: *EC Competition Law*, New York, 2003; JANSEN: *Die Kopplungsverträge in Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, cit.; VELTROP: "Tying and Exclusive purchasing arrangements under EC competition law", 31, CMLR, 1994, pp. 549 y ss.; WAELBROECK, D.: "The Compatibility of Tying Agreements with Antitrust Rules: A Comparative Study of American and European Rules", YEL, 1987, pp. 39 y ss.; WHISH: *Competition Law*, Bath, 2003, pp. 657 y ss.

¹³⁶ Una interpretación restrictiva del alcance del artículo 81, limitaba la aplicación del precepto al primero de los supuestos enumerados: acuerdo entre empresas competidoras de imposición de la práctica de vinculación a un tercero. Esta interpretación es rechazada por la doctrina mayoritaria. Ya a finales de los años cincuenta, JAEGER ("Illiceità dei c.d. tying contracts", cit., pp.484 y ss.) denuncia que una interpretación en ese sentido desnudaría totalmente de contenido la prohibición, que devendría prácticamente inaplicable. Apoya esta conclusión en el examen de la jurisprudencia estadounidense en materia de *tying arrangements*, dónde no existía ningún caso de acuerdos horizontales de imposición de la vinculación a un tercero. También FRIGNANI y WAELBROECK descartan esta interpretación (*Derecho europeo de la competencia*, cit., p. 802). La propia Comisión en las *Directrices relativas a las restricciones verticales*, recoge la posibilidad de que la vinculación se instrumente en un acuerdo vertical u horizontal. "El artículo 81 puede aplicarse a los acuerdos horizontales o prácticas concertadas entre proveedores competidores para supeditar la venta de un producto a la adquisición de otro producto distinto. Asimismo la vinculación puede constituir una restricción vertical contemplada en el artículo 81 si redunde en una obligación de marca única en lo que respecta al producto vinculado..." (párrafo 215).

EE.UU., la mayoría de prácticas de vinculación han sido examinadas bajo el artículo 82, reservándose el artículo 81 para aquellas conductas de vinculación insertas en contratos de contenido más amplio: acuerdos de licencia de patentes u otros derechos de propiedad industrial o contratos de cooperación entre empresarios de naturaleza vertical, (acuerdos de aprovisionamiento exclusivo o de franquicia).

Al igual que en el caso estadounidense, la política de las autoridades comunitarias en materia de vinculación ha experimentado un proceso evolutivo, caracterizado por el tránsito de posiciones abiertamente hostiles frente a estas conductas, a posturas más abiertas que exigen, antes de condenar una conducta, un análisis más riguroso de los efectos reales de la misma sobre la competencia.

Pese a que el marco normativo de valoración de estas conductas es, en principio, menos rígido que en el caso estadounidense –constreñido desde mediados de los años cincuenta al corsé de la *per se rule*-, en la práctica no se ha hecho uso de esta flexibilidad. Las prácticas de vinculación han sido tradicionalmente consideradas anticompetitivas *per se* si realizadas por una empresa en posición dominante. A su vez, hasta fechas recientes, la inclusión de cláusulas de vinculación en un contrato, impedía generalmente la obtención de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE.

Consideraciones similares a las expuestas en el análisis de la evolución de la política estadounidense, junto a determinadas preocupaciones específicas del Derecho de la competencia europeo, justifican esta hostilidad inicial. La protección de la competencia sobre la base de los méritos empresariales, la fe en estructuras de mercado abiertas y plurales, la tutela de la competencia desde la perspectiva de derecho subjetivo –acceso al mercado y derecho a no ser excluido injustificadamente del mismo- han sido considerados objetivos prioritarios de las normas *antitrust*, cuya salvaguarda ha determinado, en numerosas ocasiones, que los juicios de valoración de las conductas empresariales se hayan articulado exclusivamente entorno a estos intereses, relegando a un segundo plano, el examen del impacto económico real de estas conductas. La integración de

mercados, como objetivo específico –y primordial- de las normas europeas en materia de competencia, también ha contribuido a la configuración del ilícito competitivo al margen de consideraciones de eficiencia económica, desde el momento en que una conducta empresarial tiene prácticamente escrita su sentencia de condena si es susceptible de afectar negativamente al proceso integracionista.

Si bien es cierto que, en Europa, las normas sustantivas del Derecho de la competencia y la práctica de las autoridades europeas, no se vieron prácticamente afectadas por la revolución que, de la mano de la Escuela de Chicago, transformó la política *antitrust* estadounidense durante los años setenta y ochenta¹³⁷, en esta última década, sí se observa un proceso de cambio en el ámbito europeo. Lejos de una equiparación al modelo defendido por Chicago, sí se defiende la necesidad de un mayor rigor económico. Tanto la doctrina, como las autoridades comunitarias –principalmente, el Tribunal de Justicia-, manifiestan una mayor preocupación por la consideración de los efectos económicos reales de una conducta en el marco de un juicio de anticompetitividad, preocupación especialmente evidente en el ámbito de los acuerdos colusorios y del control de la concentración empresarial¹³⁸.

Esta exigencia de un mayor rigor económico no determina, en ningún caso, una recepción plena de la política antimonopolio estadounidense. El Derecho europeo de la competencia mantiene perfiles propios que explican que, en la valoración de circunstancias de hechos idénticas –o muy similares-, como, por ejemplo, en el caso Microsoft, se alcancen soluciones opuestas en cada uno de estos sistemas. Entre las notas propias, definitorias del modelo europeo, conviene tener presentes, en este momento, las dos siguientes. En primer lugar, si bien la política europea no es ajena a consideraciones de eficiencia en la valoración de la anticompetitividad de

¹³⁷ Vid. VAN DER BERGH/CAMESASCA: *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, Antwerpen, Groningen, Oxford, New York, 2001, pp. 49 y ss. y, lamentando la falta de recepción de los principios de Chicago, vid. OSTI/PARDOLESI: “La decisione della Commissione CE sul caso General Electrics/Honeywell”, 2, *Giur. Comm.*, 2002, pp. 324 y ss.

¹³⁸ Vid. FOX: “What’s harm to competition?...””, *cit.*, pp. 392 y ss. Sobre la evolución general del Derecho de la competencia comunitario, vid., *supra*, Capítulo I.

una conducta, en general otorga mayor trascendencia a la eficiencia productiva (reducción de costes) que a la posible incidencia de la práctica en la asignación de recursos (eficiencia asignativa). En segundo lugar, la protección de los mercados frente a exclusiones injustificadas constituye un objetivo específico y expreso del Derecho europeo.

B) APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 DEL TRATADO CE A LAS PRÁCTICAS DE VINCULACIÓN

1. La vinculación como acuerdo restrictivo de la competencia

El examen de la casuística comunitaria pone de manifiesto el escepticismo que, tradicionalmente, ha caracterizado la valoración de las prácticas de vinculación. Actitud que resulta especialmente evidente en los casos de aplicación del artículo 81 del Tratado a estas conductas, principalmente, en el marco de los contratos de licencia de derechos de propiedad industrial.

En el asunto *Vaessen Moris*¹³⁹, la Comisión concluyó que la práctica de una empresa (ALMO) de condicionar la licencia de una patente sobre un procedimiento de envasado de salchichones de carne de caballo de forma cuadrada (*saucisson de Boulogne*) y sobre la maquinaria necesaria para llevar a cabo dicho procedimiento, a la obligación del licenciataria (Imperial) de comprarle todos los intestinos necesarios, constituía un acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 81 del Tratado. La empresa demandada, alegaba que, aun cuando de su conducta pudiera derivarse algún efecto lesivo de la competencia, éste sería a lo sumo, insustancial, por lo que la práctica constituiría una restricción de menor importancia o de *minimis* no cubierta por la prohibición del artículo 81.1. El ejecutivo comunitario, consideró, por el contrario –más intuitiva que reflexivamente-, que el mercado relevante de producto venía constituido, no

¹³⁹ Asunto *Vaessen/Moris*, Decisión de la Comisión de 10 de enero de 1979, Asunto IV/C-29.290.

por los intestinos en general, sino exclusivamente, por los intestinos especialmente diseñados para los salchichones de Boulogne. Mercado, en el que la empresa demandada ostentaba cuotas superiores al 75%. La Comisión centró la lesión a la competencia de la cláusula examinada en la restricción de la libertad de los agentes económicos de adquisición de sus suministros de la fuente empresarial que estimaran más conveniente¹⁴⁰, así como en los efectos de exclusión de competidores en el mercado del producto vinculado. Por último, rechazó la aplicabilidad del artículo 81.3., ya que las conductas examinadas no cumplían los requisitos de exención enumerados en este precepto. Concretamente, se consideró que de estas restricciones no se derivaba ninguna mejora de la producción o distribución de los productos y, tampoco contribuían al fomento del progreso técnico o económico, antes al contrario, lo impedían, al imposibilitar a las empresas la obtención de los productos necesarios para el desarrollo de su actividad económica con arreglo a condiciones más favorables. Igualmente, se consideró innecesaria la existencia de estas provisiones como mecanismo de tutela de la correcta explotación de la patente, ya que los licenciatarios habían utilizado en diversas ocasiones otros intestinos con las máquinas y procedimientos de ALMO con resultados plenamente satisfactorios.

El juicio del ejecutivo comunitario se asemeja mucho a la política inicial del Tribunal Supremo estadounidense respecto a la vinculación de un bien no patentado a un producto protegido por un derecho de patente. Condena automática de estas prácticas sin necesidad de realizar un análisis detenido de las circunstancias fácticas particulares o de los efectos reales de la conducta en un mercado definido. Se presume que la única finalidad de estas conductas es extender ilegalmente el monopolio conferido por la patente, a un mercado originariamente no cubierto por ésta. Presunción *iuris et de iure*, ya que el análisis realizado es superficial, pues en ningún momento se intenta ni una delimitación rigurosa del mercado afectado, ni de los efectos concretos derivados de la conducta en su estructura o funcionamiento. La justicia o lealtad de las transacciones

¹⁴⁰ En realidad, los clientes de ALMO no se veían totalmente privados de su libertad de opción, ya que tenían libertad de adquisición de intestinos procedentes de competidores siempre que éstos no fueran usados con las máquinas y procedimientos patentados.

económicas en el mercado centran la valoración competitiva de las conductas¹⁴¹.

En el caso *Windsurfing*¹⁴², la Comisión Europea examinó los contratos de licencia de la empresa Windsurfing International, titular de una patente sobre los aparejos de las tablas de vela. Entre las cláusulas analizadas, figuraba la imposición al licenciataria de venta del producto fabricado bajo licencia –aparejos-, sólo conjuntamente con otros productos procedentes del cedente de la licencia –flotador-¹⁴³, no cubiertos por el derecho de patente. La Comisión consideró que esta cláusula –junto a otras obligaciones impuestas al licenciataria que reforzaban la vinculación entre los productos- restringía el juego de la competencia dentro del mercado común en violación del artículo 81 del Tratado CE. La decisión del ejecutivo comunitario es respaldada, prácticamente en su integridad, por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 1986¹⁴⁴. Tanto el ejecutivo, como el Tribunal de justicia, consideran que el principal efecto lesivo de la competencia de estas conductas, que determina la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 81, es la restricción de la libertad de acción de los cesionarios de la licencia. La cláusula que limitaba la explotación de las patentes a la fabricación de tablas cuyos flotadores hubieran sido aprobados no podía justificarse por la preocupación del titular de la patente de velar por la calidad de los productos objeto de licencia, dado que se extendía a productos no cubiertos por la patente y, además, el control no se realizaba según criterios objetivos y fijados de antemano.

¹⁴¹ Vid. un comentario crítico del caso en ZANON: “Ties in Patent Licensing Agreements”, *cit.*, pp. 391 y ss.

¹⁴² Asunto *Windsurfing*, decisión de la Comisión de 11 de julio de 1983, Asunto IV/29395. Para una interpretación del caso, vid. VENIT: “In the make of windsurfing: patent licensing in the Common Market”, en *United States and Common Antitrust Policies*, Fordham Corp. L. Inst., 1986, pp. 517 y ss.

¹⁴³ Las tablas de vela son productos compuestos, integrados por un flotador (casco de material plástico equipado con una orza) y aparejo (instalación formada básicamente por un mástil, una articulación para el mástil, una vela y un aparejo).

¹⁴⁴ Sentencia del TJCE de 25 de febrero de 1986, *Windsurfing International c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 193/83.

Pese a esta política inicial restrictiva, al igual que ha ocurrido en el ámbito estadounidense, también en Europa, la valoración de las cláusulas de vinculación en los acuerdos de transferencia de tecnología ha sido objeto de una paulatina flexibilización. Cambio de orientación que, al menos, tiene un reflejo positivo en los Reglamentos de exención por categorías de acuerdos. Ya el Reglamento de exención de acuerdos de transferencia de tecnología de 1996¹⁴⁵ muestra una actitud más tolerante frente a estas prácticas que los antiguos Reglamentos en materia de licencia de patente¹⁴⁶ y de know-how¹⁴⁷, a los que venía a sustituir. Las cláusulas de vinculación se excluyen de la “lista negra” para pasar a ser incluidas en la denominada “lista gris”¹⁴⁸. Flexibilización que se acentúa aún más en el reglamento actualmente vigente, Reglamento (CE) n° 772/2004 de la Comisión de 27 de

¹⁴⁵ Reglamento (CE) n° 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología*.

¹⁴⁶ Reglamento (CEE) n° 2349/84 de la Comisión, de 23 de julio de 1984, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a ciertas categorías de acuerdos de licencia de patentes*. En principio, no se consideraban restrictivas de la competencia –es decir, contrarias al artículo 85.1 del Tratado (actual artículo 81.1)– las cláusulas de vinculación siempre que los productos o servicios a cuyo abastecimiento se obligaba al licenciataria, fueran necesarios para la explotación técnicamente correcta de la invención concedida (artículo 2). Fuera de estos casos, las cláusulas de vinculación no sólo entraban dentro del ámbito de cobertura del apartado 1 del artículo 85, sino que su inclusión en la licencia de patente impedía la posibilidad de obtención de una exención (artículo 3.9).

¹⁴⁷ Reglamento (CEE) n° 556/89 de 30 de noviembre de 1988, *relativo a la aplicación del apartado 85.3 del Tratado CEE a ciertas categorías de acuerdos de licencia de know-how*. Este Reglamento utilizaba el mismo razonamiento que en el caso de la licencia de patente. No cabía la exención de un acuerdo de licencia de know-how, si en él se obligaba al licenciataria a solicitar bienes y servicios que no deseara, a menos que éstos fueran necesarios para explotar de forma técnicamente satisfactoria la tecnología concedida o, para garantizar que la producción del licenciataria se ajustara a los niveles de calidad respetados por el licenciante y por otros licenciarios. Para un comentario del Reglamento, vid. MASSAGUER FUENTES: *El contrato de licencia de know-how*, Barcelona, 1989, pp. 117 y ss.

¹⁴⁸ La inclusión de una práctica contenida en la “lista negra” en un contrato de licencia excluía toda posibilidad de exención de la prohibición contenida en el párrafo 1 del artículo 81. Estas restricciones son consideradas siempre anticompetitivas, carentes de cualquier virtud redentora. Presunción de anticompetitividad *per se* que determinará la nulidad de cualquier acuerdo del que formen parte. La lista gris, por el contrario, se aleja de esta condena absoluta y cubre determinadas prácticas cuyos efectos sobre la competencia son ambiguos y, al no poder ser establecidos automáticamente, requieren un análisis más profundo en atención a las características y circunstancias del caso concreto. Vid. artículo 2 (5) Reglamento (CE) n° 240/96.

abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (en adelante, RECATT)¹⁴⁹. Los acuerdos de transferencia de tecnología que cumplan los requisitos establecidos en el RECATT se benefician de una exención por categorías de la prohibición del apartado 1 del artículo 81. En el nuevo Reglamento se abandona el viejo sistema de listas con cláusulas exentas y cláusulas prohibidas y se opta por una presunción general de validez de los contratos de licencia hasta un cierto poder de mercado, siempre que en los mismos no se incluyan determinadas restricciones consideradas especialmente graves. Sistema combinado por tanto, de umbrales de cuota de mercado y control de determinadas cláusulas contractuales orientado a garantizar que, un acuerdo de transferencia de tecnología cumple los cuatro requisitos de los que hace depender el apartado 3 del artículo 81 la posibilidad de autorización. Así, los umbrales de salvaguarda han sido fijados en el 20% de cuota de mercado en el caso de empresas competidoras y en el 30%, para el supuesto de empresas no competidoras (artículo 3 RECATT)¹⁵⁰. Dentro de

¹⁴⁹ Este nuevo Reglamento se acompaña de una Comunicación de la Comisión sobre las *Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología* (2004/C 101/02). Con arreglo a las letras b) y h) del apartado 1 del artículo 1 del RECATT el concepto de “tecnología” comprende las patentes y las solicitudes de patentes, los modelos de utilidad y las solicitudes de los modelos de utilidad, los dibujos, los certificados sobre obtenciones vegetales, las topografías de productos semiconductores, los certificados complementarios de protección para medicamentos u otros productos para los cuales pueden obtenerse dichos certificados, los conocimientos técnicos y los derechos de autor de programas informáticos. En principio, se excluyen del ámbito de exención establecido por el Reglamento, la licencia de otros derechos de propiedad intelectual, como las licencias de marca o de derechos de autor distintos de los derechos de autor sobre programas informáticos, a menos que éstas estén directamente relacionadas con la explotación de la tecnología licenciada y no constituyan el objeto primordial del acuerdo. Ahora bien, la Comisión ha manifestado su voluntad de utilizar los principios contenidos en el RECATT en el análisis de las licencias de derechos de autor para la reproducción y distribución de obras protegidas, en atención a las similitudes existentes entre estos acuerdos y los que son objeto de cobertura específica en el Reglamento. Vid. *Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología*, párrafo 48.

¹⁵⁰ Si las cuotas de mercado de las partes en un acuerdo de licencia de tecnología, superan los umbrales establecidos en el Reglamento, éste habrá de ser objeto de una evaluación individual a fin de determinar si, en primer lugar, entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 81.1 y, en su caso, si se cumplen o no los requisitos contenidos en el artículo 81.3. Tanto en el Reglamento como en la Comunicación se insiste en que el hecho de que se superen los umbrales no predetermina en ningún caso, la anticompetitividad del contrato (Considerando 12

las cláusulas prohibidas, el Reglamento distingue entre restricciones especialmente graves, cuya presencia determina la exclusión del acuerdo del beneficio de la exención por categoría, con independencia de las cuotas de mercado de las empresas implicadas (artículo 4 RECATT) y otras restricciones, cuya presencia no excluye del ámbito de la exención todo el acuerdo, sino únicamente la restricción en cuestión (artículo 5 RECATT). Por lo que se refiere a las cláusulas de vinculación presentes en un acuerdo de transferencia de tecnología, hasta cuotas de mercados del 20 o del 30% opera la exención con carácter general. Al no entrar estas conductas dentro de las restricciones consideradas especialmente graves, cuotas de mercado mayores determinarían que las prácticas de vinculación sean sujetas a un examen individual, en el que ya se apuntan una serie de directrices favorables a tener en cuenta en su valoración. Junto al reconocimiento del riesgo de que de estas prácticas causen lesiones a la competencia, también se señalan los posibles efectos beneficiosos que de las mismas pueden derivarse. En concreto, la explotación técnicamente satisfactoria de la tecnología licenciada o la protección y garantía de su calidad¹⁵¹.

También el Reglamento en materia de restricciones verticales adopta una actitud más flexible frente a estas conductas que sus predecesores. La inclusión de una cláusula de vinculación en un acuerdo de compra exclusiva¹⁵² impedía la concesión de una exención. En el ámbito de las

del RECATT, Comunicación, párrafo 37). Es más, la Comisión ha recogido en sus Directrices una presunción de competitividad del acuerdo que supere los umbrales de exención, siempre que no contenga restricciones especialmente graves y que existan, al menos, cuatro tecnologías controladas por terceros que puedan erigirse en sustitutas de la tecnología licenciada a un coste comparable para el usuario (Comunicación, párrafo 131).

¹⁵¹ Vid. *Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología*, párrafos 191 y ss. Para una interpretación del RECATT, vid. DIÉZ ESTELLA: “Los acuerdos de transferencia de tecnología y el nuevo Reglamento de exención por categorías”, *Derecho de la Competencia europeo y español*, ed. Dykinson, volumen VI, 2004, pp. 167 y ss.; FERNÁNDEZ-NÓVOA/COSTAS COMESAÑA: “Derecho de la competencia y propiedad industrial, comercial o intelectual”, *cit.*, pp. 546 y ss.; HERRERO SÚAREZ: “Libre competencia y propiedad intelectual. Análisis comparativo entre el Derecho antitrust estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo”, *cit.*, pp. 59 y ss.

¹⁵² Reglamento (CEE)1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85, a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva*. El artículo 3 enumeraba entre las cláusulas que determinaban la

franquicias, el Reglamento era algo más permisivo¹⁵³. Con arreglo al nuevo Reglamento¹⁵⁴, la vinculación está exenta cuando la cuota de mercado del proveedor tanto en el mercado del bien vinculado como en el del bien vinculante no excede del 30%¹⁵⁵. Por encima del umbral de cuota de mercado será necesario proceder a un examen individual a fin de determinar la compatibilidad o no de la conducta con el Derecho de la competencia. Examen que requiere una ponderación de efectos lesivos y beneficiosos, alejándose, por tanto, de la tradicional prohibición *per se* asociada a las prácticas de vinculación¹⁵⁶.

inaplicación de la exención “el compromiso de compra exclusiva referido a varios productos que no tenga vinculación entre sí, ni por su naturaleza ni por los usos comerciales”. Idéntica política se sigue en el caso de cláusulas de vinculación insertas en acuerdos de suministro de cerveza (artículo 8). Sin embargo, en el ámbito de las estaciones de servicio se permiten estas cláusulas bajo determinadas circunstancias. Así, el artículo 12 del Reglamento establecía la inaplicación de la exención si el proveedor imponía al revendedor obligaciones de compra exclusiva referentes a otros productos distintos de los carburantes para vehículos de motor o de los combustibles o referentes a servicios, a menos que se tratara de: 1) lubricantes o productos petrolíferos afines si el proveedor hubiera puesto a disposición del revendedor o hubiera financiado un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase de vehículos de motor; 2) servicios de inspección de las instalaciones de depósito o distribución de productos petrolíferos si éstas fueran de propiedad del proveedor, o hubieran sido financiadas por éste o por una empresa a él vinculada.

¹⁵³ Reglamento (CEE) 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de franquicia*. En principio, la exención se denegaba en los casos en los que se impidiera al franquiciado abastecerse de productos de calidad equivalente a los ofrecidos por el franquiciador (artículo 5). Ahora bien, se establecía una salvedad, las cláusulas de vinculación se consideraban lícitas siempre que fueran necesarias para proteger los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciador o para mantener la identidad común y la reputación de la red franquiciada y siempre que resultara impracticable aplicar especificaciones objetivas de calidad debido a la naturaleza de los productos objeto de la franquicia (artículo 3).

¹⁵⁴ Reglamento (CE) 2790/99 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*.

¹⁵⁵ Vinculación que puede combinarse con otras restricciones verticales no especialmente graves, como la cláusula de no competencia, la imposición de cantidades con respecto al bien vinculante o la adquisición exclusiva. Comunicación de la Comisión. *Directrices relativas a las restricciones verticales*. (2000/C291/01), párrafo 218.

¹⁵⁶ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafos 219-224.

2. La vinculación como abuso de posición dominante

Pese a la posibilidad de aplicación del artículo 81 a prácticas de vinculación-o análogas-¹⁵⁷, en el ámbito europeo, la mayoría de las conductas de vinculación han sido examinadas bajo el artículo 82 del Tratado, por lo que el entendimiento de la política comunitaria frente a estas conductas exige necesariamente el análisis de las principales decisiones de la Comisión y pronunciamientos de los tribunales de justicia al respecto.

Antes de entrar en el examen individualizado de los casos, es posible señalar algunos rasgos característicos de la política de aplicación del abuso de posición de dominante a los contratos vinculados. En primer lugar, la litigiosidad es prácticamente inexistente en los primeros veinte años de vida de las Comunidades europeas, resolviéndose la mayoría de los asuntos en la segunda mitad de la década de los ochenta y en la década de los noventa. Asuntos, muchos de los cuales, se cerraron sin decisión formal, como consecuencia del compromiso alcanzado por las partes con la Comisión, siendo tal vez el ejemplo más destacado, el caso *IBM (infra)*. Por último, en la mayoría de los casos en los que se ha producido una condena de las prácticas de vinculación, éstas no aparecían de forma aislada sino enmarcadas dentro de una política empresarial más amplia orientada a la exclusión de los competidores de un determinado mercado.

¹⁵⁷ En *Oliofiat*, la Comisión Europea consideró que la obligación impuesta por la empresa Fiat Auto a sus distribuidores y talleres autorizados de utilizar exclusivamente lubricantes y productos complementarios manufacturados y vendidos por Fiat en sus actividades de reparación, podía constituir un acuerdo restrictivo de la competencia, al excluir del mercado italiano –u obstaculizar el acceso- de empresas competidoras. La empresa investigada decidió modificar su política comercial tras esta intervención de la Comisión, y reconoció la libertad de los distribuidores de optar entre los lubricantes ofrecidos por Fiat o los provenientes de otras empresas, siempre que éstos cumplieran los estándares cualitativos y las especificaciones necesarias para preservar el correcto funcionamiento de los vehículos. Vid. *Décimo séptimo Informe sobre la Política de la Competencia* (1988), párrafo 84.

Durante la década de los setenta, se resuelve el importante caso *Hoffmann-La Roche*¹⁵⁸, también conocido como caso de las *Vitaminas* que, pese a no tratarse de un supuesto puro de vinculación, examina cuestiones análogas y anticipa la que será la política judicial futura frente a estas conductas empresariales. En este asunto se examina la compatibilidad con el artículo 82 del Tratado de las obligaciones de aprovisionamiento exclusivo de vitaminas impuestas por la empresa suiza Hoffman- La Roche, en sus contratos con diversos laboratorios farmacéuticos. Éstos se comprometían a adquirir todas o la mayoría de sus necesidades de vitaminas de la empresa suiza, compromiso que resultaba, bien de la existencia de una cláusula contractual expresa de exclusividad o, de forma indirecta, de la concesión de rebajas o descuentos que incentivaban a las empresas a comprar únicamente a Hoffman-La Roche (descuentos de fidelidad)¹⁵⁹. La Comisión consideró que la empresa había abusado de su posición dominante en los mercados de diversas vitaminas ya que, los contratos señalados, tenían como efecto principal la supresión de la libertad de opción de los clientes respecto a sus fuentes de suministro de productos y, sobre todo, el cierre del mercado a terceras empresas competidoras en la oferta de vitaminas. El Tribunal de Justicia mantiene la decisión condenatoria del ejecutivo europeo, incidiendo en el carácter lesivo de las prácticas analizadas y, añadiendo a los efectos anticompetitivos identificados por la Comisión, la consolidación injustificada de una posición de poder preexistente y la infracción del apartado c) del artículo 82. El efecto de las rebajas de fidelidad, en opinión del Tribunal, era la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, ya que dos empresas podían pagar un precio diverso por la misma cantidad del mismo

¹⁵⁸ Vid. Decisión de la Comisión de 9 de junio de 1976, Asunto IV/29020, *Vitamins*; Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979.

¹⁵⁹ No estamos propiamente ante un caso de vinculación ya que no existe un producto principal, especialmente deseado por el cliente, cuya apetecibilidad es explotada mediante la unión necesaria de éste con un segundo bien (producto vinculado). Las cláusulas analizadas constituyen más bien obligaciones de aprovisionamiento de la totalidad de la gama de productos estructuradas a través de un sistema de descuentos en compras globales (*across- the- board rebates*). Vid. en este sentido WHISH: *Competition Law*, cit., p. 645; WAELBROECK, D.: “The Compatibility of Tying Agreements with Antitrust Rules...”, cit., p. 49. Acuerdos muy similares constituyen el objeto de dos importantes casos contra la empresa Michelin (Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983 y Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003).

producto, dependiendo de si obtenían todas sus necesidades de la empresa dominante o de si tenían fuentes diversas de suministro¹⁶⁰.

La condena en el caso de las Vitaminas, no se ve acompañada de un análisis exhaustivo de los efectos reales de la práctica, ni en los resultados (niveles de precios y producción) ni siquiera en la estructura de los mercados afectados (grado de cierre o *foreclosure* efectivo, examen de la presencia de barreras de entrada, etc.). Antes bien, el Tribunal presume la nocividad de la conducta por el hecho de ser llevada a cabo por una empresa con una posición de poder económico. La propia existencia de una posición dominante revela ya la debilidad de la estructura competitiva del mercado, por lo que, cualquier intento de disminuirla aún más, con independencia de su al, constituye un abuso anticompetitivo.

A principios de los ochenta, la Comisión inició una investigación contra el gigante informático IBM, al considerar que la política de vinculación tecnológica de memoria y software con la Unidad Central de Procesamiento de su ordenador System/370 podía constituir un supuesto de abuso de posición dominante con arreglo al artículo 82 del Tratado. Pese a que la empresa rechazó, tanto la tenencia de una posición de dominio en el mercado, como la naturaleza anticompetitiva de esta práctica, voluntariamente decidió cesar en su conducta, lo que condujo a la finalización de los procedimientos y evitó un pronunciamiento de la Comisión en forma de decisión. El ejecutivo comunitario saludó el cambio de política de la empresa, afirmando que como consecuencia de éste, “se produciría una mejora de la posición, tanto de usuarios como de competidores en los mercados de productos System/370, lo que derivaría en un refuerzo de la competencia en el seno del mercado común. Los usuarios verían aumentada sus posibilidades de elección entre distintos productores y entre una gama mayor de productos¹⁶¹”.

¹⁶⁰ Vid. Sentencia (*cit.*, párrafos 89 y 90).

¹⁶¹ *Décimo cuarto Informe sobre la Política de la Competencia* (1985), párrafos 94 y ss.

Probablemente uno de los casos que mejor refleja la actitud inicialmente estricta de la Comisión Europea frente a las prácticas de vinculación sea el asunto *London European/Sabena*¹⁶². Sabena era una compañía aérea belga que junto a su actividad principal, consistente en la prestación de servicios de transporte aéreo, también ofrecía otros servicios accesorios, como la asistencia en tierra de los aviones y el servicio informático de reserva Saphir¹⁶³. Sabena denegó el acceso al sistema Saphir de la compañía británica London European argumentando que la tarifa aplicada por ésta para la ruta Luton-Bruselas era excesivamente baja. No obstante, admitía la posibilidad de conceder el acceso si London European se comprometía a contratar con Sabena los servicios de asistencia en tierra de sus aviones (*handling*)¹⁶⁴.

La Comisión consideró que la denegación del acceso al sistema Saphir a menos que se contratasen además los servicios de *handling*, o a menos que se cambiasen las tarifas de London European constituía un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 del Tratado de Roma. Ahora bien, el razonamiento en el que apoya esta conclusión es muy poco sólido desde el punto de vista económico¹⁶⁵. La anticompetitividad se

¹⁶² Decisión de la Comisión de 4 de noviembre de 1988, Asunto IV/32.318.

¹⁶³ El sistema Saphir era un sistema informatizado que permitía a las agencias de viajes consultar las listas de vuelos de las compañías que figuraban en él, la situación de las reservas, las tarifas y realizar reservas. Este sistema evitaba a las agencias de viajes tener que telefonar para cada reserva a la compañía de que se tratara. La reserva se hacía directamente a través de la agencia, partiendo de los datos suministrados por el sistema. Sabena era el único gestor de este sistema y el único que podía conceder o denegar el acceso al mismo. El sistema funcionaba con base en el principio de reciprocidad: Sabena aceptaba introducir en su sistema de forma gratuita a las demás compañías si ellas, en contrapartida, hacían lo mismo. Si la reciprocidad no era posible, Sabena permitía el acceso al sistema de la compañía aérea a cambio del pago de un canon.

¹⁶⁴ Las tarifas que London European aplicaba eran prácticamente la mitad de las aplicadas por Sabena, de ahí que ésta temiera que la introducción de London en el sistema Saphir pudiera conducir a una reducción de sus servicios de transporte aéreo y buscara una posible compensación económica frente a estas pérdidas (obligándola a aumentar sus tarifas con lo que el riesgo de desvíos no existiría, aplicándole una elevada tarifa por la utilización del servicio Saphir o obligándole a contratar su sistema de *handling*).

¹⁶⁵ De hecho, da la impresión de que la Comisión actúa mediante meras intuiciones sobre los efectos de la práctica en la competencia o influida por el cese de la conducta analizada durante la tramitación del procedimiento.

afirma en base a la finalidad perseguida con esta práctica. La conducta tenía por objeto la limitación artificial de las tarifas de London European y podía haber tenido como efecto una reducción de la producción, ya que London European podía, ante la negativa de Sabena haber abandonado el proyecto de abrir una línea aérea entre Bruselas y Luton. Por lo que se refiere a la política de vinculación se considera abusiva *per se* al entenderse que se trata de dos servicios que no guardan alguna relación entre sí, sin llevar a cabo ningún tipo de análisis ni sobre los efectos de esta conducta en el mercado de servicios de asistencia ni en el mercado del transporte aéreo¹⁶⁶.

En 1985, el Tribunal de Justicia tiene oportunidad de pronunciarse, vía cuestión de prejudicialidad, sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado a las prácticas de vinculación¹⁶⁷. La sociedad Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion (CLT), subordinaba la venta del tiempo en antena para toda operación de televenta o *telemarketing*¹⁶⁸ a la condición de que únicamente se utilizara el número de teléfono de su agente, Information publicité Benelux (IPB). Esta conducta ocasionó la exclusión del mercado de televentas de la empresa Centre belge d'études de marché-télémarketing (CBEM) quién, de hecho, gracias a un contrato de exclusiva suscrito con IPB, había contribuido notablemente al desarrollo de ese mercado en Bélgica. La empresa demandó, tanto a CLT como a IPB ante el tribunal de

¹⁶⁶ ¿Qué era lo realmente importante en este caso? ¿A qué obedecía la negativa de Sabena? A limitar las posibilidades de competencia en el mercado de servicios de transporte aéreo. ¿Se estaban limitando verdaderamente? Lo importante en este caso no es tanto la vinculación, en nuestra opinión, una mera excusa o cláusula accesoria –de hecho se le trata simplemente de pasada y sin ningún tipo de examen–, como la negativa a contratar que es lo que tenía que haber sido objeto de un análisis más profundo. ¿Constituía ese sistema por ejemplo una infraestructura esencial para competir en el mercado de servicios de transporte aéreo? Del caso parece deducirse que no, que existían otras posibilidades de acceso a los consumidores.

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 1985, *SA Centre belge d'études de marché –télémarketing (CBEM) contre SA Compagnie luxembourgeoise de teledifusión (CLT) et SA Information publicité Benelux (IPB)*, Asunto 311/84.

¹⁶⁸ El *telemarketing* o televenta es un técnica publicitaria con arreglo a la cual un anunciante coloca en un medio, en este caso, televisivo, un anuncio en el que se indica un número telefónico al cual puede dirigirse el destinatario del anuncio, tanto para obtener información del producto ofertado como para participar, de cualquier otro modo, en la campaña publicitaria.

comercio de Bruselas, alegando, entre otras cuestiones que la condición aludida constituía una infracción del artículo 86 (actual artículo 82) del Tratado de Roma. El tribunal belga decidió elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de Luxemburgo sobre la interpretación de la noción de abuso de posición de dominio. En concreto, se demandaba si podía considerarse abusiva la conducta de una empresa dominante consistente en reservarse –a sí misma o a una filial bajo su control-, con exclusión de cualquier otra empresa, una actividad auxiliar –perteneciente a un mercado vecino pero diferenciado-. El Tribunal resuelve afirmativamente esta cuestión. La práctica de vinculación podría afectar a la estructura del mercado del producto vinculado –servicios de telefonía-, impidiendo el acceso o desarrollo de empresas competidoras. El riesgo de exclusión, por tanto, constituye la principal preocupación del Tribunal, y en él coloca la esencia del ilícito competitivo. La exclusión de competidores del mercado, en ausencia de justificación objetiva, basta para cualificar una conducta empresarial de abusiva. No es necesario el requisito adicional, alegado por la empresa demandada, de daño directo a los intereses de los consumidores, manifestado en la existencia de precios más elevados o condiciones de transacción no equitativas. Al no entrar dentro del ámbito de las cuestiones planteadas, el Tribunal no entró a valorar la adecuación de las justificaciones alegadas por CLT en apoyo de su conducta, en concreto, la protección de la imagen de marca RTL.

Esta argumentación del Tribunal será utilizada por la Comisión Europea en el caso *Napier Brown/British Sugar*¹⁶⁹, en el que se examina la política empresarial de la empresa British Sugar (BS), dominante en el mercado británico del azúcar. La Comisión considera que la compañía había venido manteniendo una línea de conducta dirigida, fundamentalmente, a hacer que los distribuidores abandonaran el mercado azucarero del Reino Unido. Entre las prácticas examinadas se encontraba el sistema de fijación de precios con entrega en destino, no dejando a los compradores la opción de adquirir el producto a la salida de fábrica. Esta práctica tenía como efecto reservar a la empresa la actividad independiente de entrega del azúcar que, podría haber sido asumida por un contratista

¹⁶⁹ Decisión de la Comisión de 18 de julio de 1988, Asunto IV/30.178.

independiente. La Comisión, basándose en la sentencia *Télémarketing*, defiende la anticompetitividad de esta vinculación indirecta, ya que su efecto principal es la exclusión de competidores de un mercado distinto de aquel en el que la empresa dominante desarrollaba su actividad principal, sin que existieran además razones objetivas que justificaran la conducta¹⁷⁰. De nuevo, preocupaciones estructurales centran el juicio de valoración de la conducta. En principio, la trascendencia real de esta práctica en el precio del azúcar o de los servicios de transporte no se examina. Simplemente, se presume que esta conducta necesariamente ha de conducir a la explotación de los consumidores a través de la fijación de precios o condiciones de transacción más costosas¹⁷¹.

Dentro de la casuística comunitaria en materia de prácticas de vinculación, dos casos, sobre los que han tenido oportunidad de pronunciarse los tribunales de justicia europeos, ocupan un papel central o fundamental: *Eurofix/Bauco c. Hilti* y *Tetra Pak II*.

En 1987, la Comisión impone una sanción a la empresa Hilti, dominante en el mercado de pistolas grapadoras y artículos destinados a las mismas (grapapas, cartuchos y cartucheras)¹⁷², al considerar que la política comercial de la empresa estaba dirigida a la eliminación de la competencia en el mercado de grapapas compatibles con las pistolas

¹⁷⁰ La Comisión considera que el compromiso alcanzado con British Sugar, por el cual los clientes van a tener la posibilidad de elegir entre el azúcar a la salida de fábrica o entregado en destino, pone claramente de manifiesto la ausencia de necesidad objetiva de la práctica de vinculación. Decisión de la Comisión, párrafo 70.

¹⁷¹ Esta interpretación se deduce, *a sensu contrario*, de la siguiente reflexión de la Comisión: “BS ha admitido que se negó a suministrar azúcar a sus clientes si éstos no aceptaban que la propia BS se encargara de entregar el azúcar en destino (...). De este modo se reservó la actividad separada, pero auxiliar, de entrega del azúcar que, en circunstancias normales, podría haber asumido un contratista individual, que actuara por su cuenta (...). Como afirma la MMC en el apartado 2014 de su segundo informe “... los comerciantes también venden por su cuenta azúcar comprado a los dos productores del Reino Unido”. *Cabe esperar que esta forma de competencia redunde en que los productores del Reino Unido se abstengan de cobrar un precio excesivo por la distribución...*”. Decisión de la Comisión, párrafo 69.

¹⁷² Las pistolas grapadoras constituyen un sistema especial de fijación y son utilizadas, principalmente, de forma profesional en el sector de la construcción.

grapadoras Hilti, en violación del artículo 82 del Tratado de Roma¹⁷³. La decisión fue recurrida ante el TPI¹⁷⁴, quién mantiene las conclusiones de la Comisión, y ante el Tribunal de Justicia, en lo referente a la delimitación del mercado relevante realizada por el ejecutivo comunitario, delimitación confirmada por el Tribunal¹⁷⁵.

Eurofix y Bauco, empresas de reducidas dimensiones especializadas en la importación y distribución de grapas para pistolas grapadoras Hilti, presentaron una denuncia a la Comisión, alegando que las prácticas comerciales de Hilti constituían un abuso de posición dominante, ya que formaban parte de una estrategia comercial cuyo objetivo era excluirlas del mercado de las grapas compatibles con los productos Hilti. Entre las prácticas comerciales denunciadas, se incluía la negativa de Hilti a suministrar a los distribuidores independientes sus productos con cartucheras sin que se suministraran también las grapas, vinculación, por tanto, entre cartucheras y grapas. La Comisión consideró que efectivamente la política de Hilti, tanto la conducta de vinculación como otras medidas de efecto equivalente, constituían un abuso de posición dominante con arreglo al artículo 82 del Tratado CE.

En primer lugar, siguiendo el esquema tradicional de análisis, la Comisión procede a delimitar los mercados implicados. Frente a las alegaciones de la empresa demandada, la Comisión rechaza la existencia de un único mercado de sistemas de fijación accionados mediante pólvora y distingue tres mercados diferenciados: mercado de pistolas grapadoras Hilti, mercado de cartucheras compatibles con Hilti y mercados de grapas compatibles con Hilti. Una vez delimitados los mercados, se analiza la posición de Hilti en los mismos, afirmándose la existencia de posición

¹⁷³ Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco c. Hilti*, Asuntos IV/30.787 y 31.488).

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 12 de diciembre de 1991, Asunto T-30/89.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1994, *Hilti A.G. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto C-53/92P.

dominante en todos ellos¹⁷⁶. El último paso del análisis consiste en la valoración de la conducta de la empresa a fin de determinar la existencia o no de abuso de poder de mercado. La Comisión considera que Hilti ha abusado de su posición dominante en la CEE, en los mercados afectados de pistolas grapadoras y, sobre todo, en el mercado de cartucheras y grapas compatibles con Hilti. Esto lo ha hecho principalmente a través de sus intentos de impedir o limitar la entrada en estos mercados de fabricantes independientes de artículos correspondientes compatibles con Hilti. Los intentos de Hilti para bloquear o limitar tal entrada han ido más allá de los medios legítimamente disponibles al alcance de una compañía dominante. Este modo de actuar supone una grave infracción de las normas sobre la competencia, ya que se trataba con él de excluir del mercado a nuevos competidores de pequeño tamaño y de privar a los consumidores de la posibilidad de elegir entre varios vendedores. Suponía una tentativa de Hilti de reforzar su posición en el mercado de grapas compatibles con Hilti¹⁷⁷, sirviéndose para ello de su poder en el mercado de cartucheras y pistolas grapadoras –donde su posición era más fuerte y las barreras de entrada más elevadas-. Las razones de seguridad y prevención de posibles acciones de responsabilidad extracontractual en la utilización de las pistolas grapadoras alegadas por Hilti, fueron rechazadas tanto por la Comisión como por el TPI. La Comisión argumentó que un abuso en el sentido del artículo 82 no puede justificarse apelando a consideraciones relativas a la fiabilidad o seguridad de los productos de que se trate. Una compañía enfrentada a preocupaciones de seguridad no puede reaccionar con un comportamiento que constituye un abuso con arreglo al artículo 82, más bien debería explorar otras vías legítimas y normalmente más eficaces de

¹⁷⁶ La Comisión utiliza para afirmar la existencia de una posición dominante los siguientes criterios: cuota de mercado y otras ventajas que ayudan a reforzar y mantener esa posición de mercado (innovaciones técnicas protegidas mediante patente, fuerte posición en I+D, existencia de un sistema de distribución sólido y bien organizado en la CEE, así como la realización de determinadas prácticas comerciales que revelan una cierta independencia de la empresa frente a clientes y competidores).

¹⁷⁷ Mercado, en principio, más vulnerable a la competencia, al no poseer en él ningún derecho de propiedad industrial y ser las barreras tecnológicas de entrada relativamente bajas.

tratar con sus preocupaciones¹⁷⁸. En el mismo sentido, el TPI afirmó que en el Reino Unido existían leyes dirigidas a sancionar, tanto la venta de productos peligrosos como el uso de afirmaciones engañosas sobre las características de un producto dado, así como autoridades con competencia expresa para aplicar dichas normas. En ningún caso, corresponde a una empresa que ocupa una posición dominante adoptar, por iniciativa propia, medidas destinadas a eliminar los productos que considera, con razón o sin ella, peligrosos o, como mínimo, de una calidad inferior a sus propios productos¹⁷⁹.

Hilti guarda una gran similitud con el caso estadounidense Eastman Kodak¹⁸⁰, ahora bien, el razonamiento efectuado en uno y otro supuesto difiere notablemente. En principio, en Eastman Kodak, la anticompetitividad de la conducta se hace depender del potencial explotativo de la misma¹⁸¹, mientras que en Hilti se reflejan preocupaciones de naturaleza estructural. En concreto, se identifica la lesión a la competencia con la exclusión de los competidores del mercado. La lesión a

¹⁷⁸ Decisión de la Comisión, párrafo 90.

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, p. 59.

¹⁸⁰ Otro caso europeo que presenta afinidades con Eastman Kodak es *Digital* (XXVII Informe sobre Política de la Competencia, 1997). La Comisión consideró que la empresa *Digital Equipment Corporation*, había abusado de su posición de dominio en el mercado de los servicios de mantenimiento de los programas informáticos de Digital y de otros servicios materiales para ordenadores Digital, entre otras conductas, al vincular los servicios de hardware y los servicios de software. En el caso *Nielsen* (XXVI Informe sobre Política de la Competencia, 1996), la Comisión concluyó que la empresa A.C. *Nielsen* había explotado de manera abusiva su posición dominante en los mercados europeos de los servicios de seguimiento al por menor. Entre las conductas ilícitas se incluía la concesión de descuentos a determinados clientes multinacionales a cambio de su compromiso de recurrir a sus servicios en un determinado número de países. En ambos casos, los procedimientos se cerraron con un compromiso de las empresas examinadas de poner fin a las conductas consideradas abusivas por el ejecutivo comunitario.

¹⁸¹ Al menos formalmente, éste es el razonamiento seguido por el Tribunal, si bien, ya hemos indicado como algunas interpretaciones de este caso consideran que el recurso a los costes de transacción e información supone un intento de adecuar la decisión al estándar de valoración vigente, centrado en la restricción de la producción y en la capacidad de la conducta para generar poder de mercado, pero oculta, en realidad, preocupaciones competitivas de otra naturaleza, como la afectación de la estructura de los mercados y la lesión al proceso dinámico de la competencia manifestada en la exclusión injustificada de agentes económicos del mercado.

los consumidores se produciría de forma indirecta y mediata, al entenderse que la modificación estructural del mercado –efecto inmediato de la conducta–, podría conducir a la creación de poder de mercado, a medio o largo plazo. También se considera que la protección de los intereses directos de los consumidores no se limita a su bienestar en el sentido más puramente económico –existencia de precios más bajos– sino que, existe una explotación de los mismos en los casos en los que se restringen o eliminan sus posibilidades de opción –en este supuesto concreto, entre las fuentes de procedencia de sus grapas–.

A finales de los años ochenta, la Comisión Europea inició una investigación contra la multinacional de origen sueco Tetra Pak, que culminó con una decisión condenatoria de diversas prácticas comerciales de la empresa por violación del artículo 82 del Tratado¹⁸². En el marco de las distintas conductas analizadas se incluía la vinculación entre productos diferenciados, en concreto, entre máquinas de envasado de productos alimenticios líquidos y semilíquidos y envases de cartón¹⁸³. Frente a la decisión del ejecutivo, la empresa interpuso un recurso de anulación que fue desestimado por el Tribunal de Primera Instancia¹⁸⁴. A su vez, el Tribunal de Justicia desestimó todos los motivos alegados por la empresa en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia¹⁸⁵.

¹⁸² Decisión de la Comisión de 24 de julio de 1991, *Tetra Pak II*, Asunto IV/31.043. La Comisión no sólo ordenó el cese de las conductas consideradas anticompetitivas, sino que además impuso a la empresa una multa, equivalente a 75 millones de euros, la sanción pecuniaria más elevada hasta esa fecha.

¹⁸³ También se examinó, si bien menos detalladamente y sin entrar a dibujar los mercados, la posible vinculación entre las máquinas de envasado y los servicios de reparación y asistencia de las mismas.

¹⁸⁴ Sentencia de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak/Comisión*, T-83/91.

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak International S.A contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto C-333/94 P.

En 1983, la filial italiana de la empresa Elopak¹⁸⁶, presentó una denuncia ante la Comisión Europea contra la empresa Tetra Pak y sus sociedades asociadas en Italia. Se acusaba a la empresa de prácticas comerciales abusivas, tendentes a la reducción de la capacidad competitiva de Elopak. En concreto, entre otras prácticas, la supuesta conducta anticompetitiva venía referida a la venta de envases de cartón a precios abusivos y la imposición de condiciones desleales –prácticas de vinculación– en el suministro de máquinas de llenado de esos envases. La Comisión admitió la denuncia y decidió iniciar una investigación al respecto.

Frente a las alegaciones de la empresa demandada, que mantenía la presencia de un único mercado, “sistemas integrados de distribución para alimentos líquidos y semilíquidos destinados al consumo humano”, la Comisión defendió la existencia de mercados diferenciados para material de envasado y recipientes. En concreto, el análisis del mercado relevante concluyó con la afirmación de la presencia de cuatro mercados diferenciados, si bien conexos o relacionados: mercado de las máquinas con tecnologías de esterilización de envases de cartón que permiten acondicionar en estos envases, en condiciones asépticas, productos alimenticios líquidos, tratados según el procedimiento UHT y el mercado correspondiente de los envases de cartón (ambos mercados forman parte del “sector aséptico”); mercado de máquinas para el acondicionamiento en envases de cartón de productos alimenticios líquidos y mercado correspondiente de envases de cartón (“sector no aséptico”)¹⁸⁷.

La Comisión aprecia la existencia de poder de dominio –de hecho, prácticamente de poder monopolístico– en los mercados integrantes del

¹⁸⁶ Elopak era el principal competidor de Tetra Pak en el sector de envasado no aséptico de productos líquidos en cartón.

¹⁸⁷ Vid, Decisión de la Comisión, párrafo 11. El análisis utilizado por la Comisión para definir el mercado relevante, examina la sustituibilidad de los productos desde el lado de la oferta y la demanda, en el corto plazo. Perspectiva que el ejecutivo comunitario justifica en atención a la posibilidad de que, a largo plazo, bajo la influencia del progreso tecnológico y de la modificación de los hábitos de consumo, las estructuras y las fronteras de los distintos mercados se modifiquen y, en el hecho de que es, precisamente, el corto plazo el periodo económico operativo en el que se ejerce el poder de mercado (párrafos 92 a 97).

sector aséptico¹⁸⁸. Por lo que se refiere al sector no aséptico, se considera que, si bien la posición de Tetra Pak en el mismo es especialmente fuerte, no puede ser considerada dominante¹⁸⁹. Ahora bien, la Comisión precisa que no es necesario determinar si el poder de mercado que da a Tetra Pak su posición de líder en estos mercados no asépticos debe asimilarse a una posición dominante con arreglo al artículo 82 del Tratado CE¹⁹⁰.

Toda la política comercial de Tetra Pak será objeto de un minucioso escrutinio por parte de la Comisión, desde las condiciones de venta y arrendamiento de la maquinaria y envases, pasando por la política de patentes y la utilización de los medios publicitarios, hasta el control de las operaciones de crecimiento externo de la empresa, mediante la adquisición de competidores. En el marco de las prácticas analizadas, nos interesa especialmente la alegada vinculación entre maquinaria de envasado y envases, tanto en el mercado aséptico como en el mercado no aséptico. Tetra Pak imponía a los compradores y arrendatarios de sus máquinas de envasado, la obligación de utilizar en ellas únicamente envases Tetra Pak, obligación que se veía reforzada al añadirse un compromiso de suministro exclusivo. Por tanto, el comprador (o arrendatario) de la máquina no sólo no podía utilizar en ella materiales de envasado que no llevaran la marca Tetra Pak, sino que, además, estaba obligado a adquirir esos materiales exclusivamente del propio Tetra Pak (o de una empresa designada por ésta).

Estas prácticas de vinculación recibieron una valoración especialmente estricta por parte de la Comisión, la cual consideró que las cláusulas no sólo eran abusivas en sí mismas consideradas, al constituir

¹⁸⁸ La Comisión basa sus conclusiones tanto en la existencia de la elevadísima cuota de mercado de la empresa (90/95%), como en el examen de la competencia y en la presencia de elevadas barreras de entrada al mercado.

¹⁸⁹ La estructura del sector no aséptico era más abierta, si bien oligopolística. En él la empresa Tetra Pak también ocupaba el primer puesto, con cuotas de mercado del 50-55%.

¹⁹⁰ En concreto, la Comisión entendió que Tetra Pak se había servido de la interconexión existente entre los cuatro mercados indicados, para cometer abusos en los mercados no asépticos, que no habrían podido ser realizados en ausencia de una posición dominante en el sector aséptico. Decisión de la Comisión, párrafo 104.

una infracción del apartado d) del artículo 82 del Tratado, sino que, además, dadas las especiales características de los mercados afectados, facilitaban la realización de otras conductas abusivas, como políticas de precios discriminatorias o predatorias¹⁹¹.

Así, en principio, el ejecutivo reitera los riesgos tradicionales asociados a estas conductas, como la restricción de la libertad de los usuarios y, principalmente, la exclusión de competidores y la erección de barreras de entrada en el mercado del producto vinculado. El efecto de exclusión se veía acentuado por la presencia de la cláusula de exclusiva¹⁹², por el sistema de distribución integrada de la empresa y por la política de ésta en materia de patentes¹⁹³, circunstancias todas ellas que no hacían más que reforzar la dependencia del mercado de envases de cartón del mercado de bienes de equipo, mercado éste último en el que Tetra Pak ocupa posiciones de fuerte poder económico (cuasi monopolísticas en el caso del sector aséptico). Las cláusulas de vinculación permitían además desplazar el foco de la competencia del mercado de los envases de cartón, más dinámico y abierto, al de la maquinaria, mercado con elevadas barreras de entrada (principalmente, obstáculos tecnológicos de acceso) y en el que la empresa ocupaba ya una posición dominante¹⁹⁴.

Pero, además, las operaciones, al unir de este modo mercado de envases a mercado de maquinaria, favorecían la realización de prácticas de

¹⁹¹ Vid. NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, part 2, *cit.*, pp. 7 y ss.

¹⁹² Cláusula de exclusiva que suponía además, la eliminación de toda posible competencia intramarca, al obligar a los usuarios a abastecerse sólo de la propia empresa de los envases marca Tetra Pak. Vid. Decisión de la Comisión, párrafo 116.

¹⁹³ Esta política consistía en patentar las diversas particularidades técnicas secundarias de los productos o cualquier pequeña modificación que se aportara. Vid. párrafo 117.

¹⁹⁴ Las obligaciones impuestas tenían como resultado final hacer a los usuarios absolutamente dependientes de Tetra Pak durante todo el periodo de vida de la máquina, ya que tanto los envases como cualquier producto anexo (piezas de recambio, asistencia, etc.) habrían de ser adquiridos a ésta. En estas condiciones, por tanto, el único momento en el que podía manifestarse el juego de la competencia era en el de la venta inicial de equipos. Vid. Decisión de la Comisión, párrafos 120 y 146.

precios discriminatorios o, incluso, de operaciones comerciales deficitarias en este primer mercado¹⁹⁵. Políticas éstas que, a su vez, conducían a una compartimentación de los mercados nacionales, incidiendo negativamente en el objetivo europeo prioritario de integración de mercados¹⁹⁶.

Las distintas justificaciones empresariales alegadas por la empresa demandada no fueron consideradas suficientes para compensar los efectos anticompetitivos anteriormente descritos. Fundamentalmente, la Comisión consideró que los pretendidos beneficios económicos derivados de la vinculación podían ser alcanzados a través de prácticas menos restrictivas, por lo que las alegaciones de eficiencia o protección de la reputación de la empresa no superaban el listón marcado por la regla de proporcionalidad que excluye la realización de prácticas restrictivas de la competencia cuando éstas no sean indispensables para la consecución de objetivos lícitos, listón éste especialmente elevado en el caso de empresas con una fuerte posición de dominio¹⁹⁷.

En diciembre de 2001, la Comisión sancionó con una cuantiosa multa a la empresa pública belga de servicios postales –La Poste–, por infracción del artículo 82 del Tratado CE¹⁹⁸. La empresa supeditaba el contrato por el que se concedía la “tarifa precedente” para el correo de “empresas a particulares” (bajo monopolio) a que los beneficiarios de esta ventaja aceptaran prestaciones suplementarias relativas al correo de “empresa a empresa”. El ejecutivo consideró que esta conducta suponía una explotación abusiva de los privilegios y recursos derivados del monopolio postal legal. Explotación, cuyo efecto principal era dificultar notablemente

¹⁹⁵ Vid. párrafos 47 a 53.

¹⁹⁶ “Habida cuenta de la posición del grupo Tetra Pak en el mercado y del sistema de distribución autónomo que ha establecido, las restricciones de competencia derivadas de las cláusulas contractuales son suficientes para hacer posible una compartimentación de los mercados nacionales dentro de la Comunidad”. Decisión de la Comisión, párrafo 146.4.

¹⁹⁷ Vid. Decisión de la Comisión, párrafos 118 y 119.

¹⁹⁸ Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2001 *De Post-La Poste*, DO L 61 de 2 marzo 2002.

el acceso al mercado belga de los suministradores de servicios postales ajenos al monopolio¹⁹⁹.

La conducta de la empresa informática Microsoft no ha escapado del escrutinio por parte de las autoridades de la competencia europeas. Como consecuencia de las denuncias planteadas por las empresas Real Player y Yahoo Player, la Comisión Europea inició una investigación sobre, entre otras cuestiones, la práctica de vinculación por parte de Microsoft de su sistema operativo Windows con su reproductor de audio y video, Windows Media Player (WMP). Investigación que culmina en marzo de 2004, con una decisión en la que el ejecutivo comunitario condena a la empresa por infracción del artículo 82 del Tratado, al haber ejercido su posición dominante en el mercado de los sistemas operativos para PC de forma abusiva, imponiéndole una cuantiosa multa de 497 millones de euros²⁰⁰.

La Comisión detalla, en el párrafo 794 de la decisión, los elementos necesarios para prohibir una práctica o conducta de vinculación con arreglo al artículo 82 del Tratado CE. Así, en primer lugar, se enumeran los elementos estructurales o esenciales de esta conducta: existencia de dos productos diferenciados y vinculación entre ellos, es decir, la empresa no ha de dar al cliente opción de adquirir el producto principal sin el producto vinculado. El tercer requisito es, en realidad, una condición de aplicabilidad

¹⁹⁹ Las autoridades de la competencia se muestran especialmente estrictas en la interpretación y aplicación de la normativa *antitrust* en sectores o industrias de reciente liberalización. La realización de conductas restrictivas por parte de empresas que, si bien no legalmente, pero *de facto*, siguen ocupando una posición dominante en el mercado puede impedir el éxito de la liberalización y el surgimiento y consolidación de mercados competitivos. Vid., en este sentido, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003., p. 1097. En España encontramos un ejemplo de esta preocupación en un asunto muy similar al analizado. Se trata del caso ASEMPRE/Correos (Expdte. 568/03), en el que el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) sanciona la conducta de la empresa Correos, consistente en la vinculación de servicios postales reservados y servicios postales liberalizados. Vinculación articulada mediante la concesión de importantes descuentos si ambos servicios eran adquiridos conjuntamente. El TDC consideró que la conducta había sido practicada por Correos desde una posición de dominio en el mercado reservado para dificultar el asentamiento de nuevas empresas competidoras en el mercado liberalizado conexo.

²⁰⁰ Decisión de la Comisión de 24 de marzo 2004, *Microsoft*, (Asunto COMP/C-3/37.792). La decisión fue recurrida por Microsoft, ante el Tribunal de Justicia, encontrándose en este momento en proceso de apelación.

del artículo 82, existencia de una posición dominante en el mercado del producto principal. Por último, la Comisión exige que de esa venta vinculada se derive una restricción o daño a la competencia.

Constatada la presencia de los restantes elementos²⁰¹, la Comisión se centra en la valoración del potencial lesivo de la conducta de Microsoft. ¿Cómo interpreta el ejecutivo comunitario el concepto de “restricción competitiva” en este caso? El juicio de anticompetitividad se va a centrar, principalmente, en la exclusión de competidores del mercado del producto vinculado y en la capacidad de la conducta de introducir serias distorsiones en el desarrollo del proceso competitivo.

Microsoft posee una posición de dominio, gracias a Windows, en el mercado de los sistemas operativos para PC. Mediante las cláusulas de vinculación de Windows con el WMP insertas en los contratos celebrados con los fabricantes de ordenadores (OCMs), Microsoft aseguraba para su reproductor de audio y video una difusión comparable a la de su sistema operativo, excluyendo del mercado a otras empresas competidoras²⁰². La existencia de elevadas cuotas de mercado posee una enorme trascendencia en el sector informático como consecuencia de los efectos de red o *network*

²⁰¹ Vid. Decisión de la Comisión, párrafos 799 a 834 y *supra*, Capítulo II. .II.B.1,1.2.

²⁰²La Comisión consideró necesario, en este caso, separarse del parámetro analítico usual. Señala que, por regla general, los contratos vinculados son anticompetitivos prácticamente *per se*, ya que todos ellos –si son realizados por una empresa en posición dominante- tienen un potencial excluyente de los competidores de los mercados implicados. Usualmente, esta exclusión puede deducirse de la mera unión de productos diversos con el producto dominante. El caso examinado era diverso, ya que dadas las especiales características del mercado informático analizado, la capacidad de exclusión no se deducía de forma inmediata. En principio, existían otras posibles vías o canales de distribución, a través de los cuales, las empresas podían hacer llegar sus reproductores a los consumidores. Por tanto, el ejecutivo comunitario, antes de concluir sobre el potencial excluyente de las prácticas, analizó la posibilidad de contrarrestar la difusión del WMP mediante la descarga directa de otros reproductores desde Internet (párrafos 858 a 871), la celebración de contratos de preinstalación con los fabricantes de ordenadores (párrafos 849 a 857), la venta directa a los consumidores a través de minoristas (párrafo 876) o mediante la oferta de paquetes de reproductores con otros contenidos de software o de servicios de acceso a Internet (párrafos 872 a 875). El ejecutivo comunitario consideró que ninguno de estos canales alternativos de distribución permitía a los reproductores de audio y video en competencia con el WMP, alcanzar la difusión y la presencia garantizada del código del WMP preinstalado en los ordenadores personales a nivel mundial.

effects. La omnipresencia del WMP proporcionaba una ventaja significativa a Microsoft, ventaja susceptible de causar un efecto lesivo en la estructura competitiva de ese mercado, en cuanto que la ubicuidad de la plataforma orientaría el desarrollo y contenido de futuras aplicaciones informáticas, reforzando las barreras de entrada. Tanto los proveedores de contenidos como los programadores toman en consideración los porcentajes de instalación y uso de los reproductores de audio y video a la hora de decidir la tecnología con arreglo a la cual desarrollar su software complementario²⁰³. Desde el momento en que los canales alternativos de distribución no permitían a terceros adquirir una presencia similar a la que Windows se había asegurado para su reproductor a través de las prácticas de vinculación, cabía prever que, tanto el contenido complementario como las aplicaciones iban a ser desarrolladas exclusivamente para el WMP de Windows. La difusión del reproductor de Windows no obedecía a las superiores prestaciones del producto, sino que era consecuencia de la utilización por parte de la empresa de su posición de poder en un mercado relacionado. Por tanto, el previsible desarrollo del proceso competitivo en estos mercados –competencia en su aspecto dinámico, entendida como innovación y progreso–, no iba a venir marcado por los méritos de los distintos agentes económicos operantes en el mismo, sino por la línea fijada por una empresa en posición dominante. La conducta de Microsoft es anticompetitiva, ya que de la misma se deriva una distorsión en el desarrollo de la lucha concurrencial. La práctica excluye a otros competidores del mercado, falsea el desenvolvimiento de la competencia sobre la base de los méritos empresariales y constituye un freno a la innovación, tanto en el mercado del producto vinculado como del producto principal²⁰⁴, así como en otros mercados adyacentes.

Las justificaciones procompetitivas de carácter objetivo, alegadas por Microsoft serán rechazadas por la Comisión Europea²⁰⁵. Por lo que se refiere

²⁰³ Vid. Decisión de la Comisión, párrafos 879 a 896.

²⁰⁴ la Comisión señala la posibilidad de que a través de la evolución en el mercado de los reproductores pudieran desarrollarse alternativas al monopolio de Windows en el mercado de los sistemas operativos

²⁰⁵ Vid. Decisión de la Comisión, párrafos 956 a 970.

a la mejora de la eficiencia en la distribución de los productos, Microsoft argumentó que los consumidores se beneficiaban de un paquete de sistema operativo y reproductor, directamente en cuanto esto reducía sus costes de transacción -evitándoles un segundo acto de adquisición y los costes subsiguientes de selección e instalación del segundo producto-, e indirectamente, como consecuencia del ahorro de costes y recursos empresariales derivado de la falta de necesidad de mantener un segundo sistema de distribución para el producto vinculado. Ahorro que repercutiría necesariamente en los consumidores, en forma de precios más bajos. Este argumento resulta, en opinión de la Comisión, muy poco convincente en este caso, en atención a que los costes de distribución de productos informáticos son prácticamente nulos. Los programas de software pueden ser duplicados y distribuidos sin esfuerzos sustanciales. El ejecutivo tampoco consideró que existiera evidencia suficiente de que la unión forzosa entre sistema operativo y reproductor redundara en un funcionamiento técnicamente superior de los productos. La Comisión consideró que la principal inconsistencia de las justificaciones alegadas por la empresa informática, radicaba en que, en ellas, no se diferenciaba entre beneficios para los consumidores que resultaban de contar con un reproductor preinstalado junto a su sistema operativo y beneficios directamente derivados de la elección -e imposición a los consumidores- de ese reproductor por parte de Microsoft. Todas las eficiencias alegadas derivaban de la oferta de un paquete preinstalado de sistema operativo y reproductor y no eran, en ningún caso, específicas de un paquete integrado exclusivamente por productos de Microsoft. Los mismos beneficios podían ser obtenidos, dejando libertad a los fabricantes de ordenadores para que éstos configuraran los paquetes de productos informáticos con arreglo a las preferencias manifestadas de los consumidores.

En el caso Microsoft, las autoridades comunitarias tienen la oportunidad de analizar, desde la óptica del artículo 82 del Tratado, una conducta excluyente, de la que no se deduce necesariamente -o de forma obvia-, un perjuicio inmediato a los intereses de los consumidores, en términos de restricción de la producción o incremento de los precios. La postura de la Comisión Europea frente a estas conductas resulta clara desde el inicio de su razonamiento, al tomar como punto de partida, los

principios establecidos por el Tribunal de Justicia en el célebre caso *Hoffman-La Roche*, con arreglo a los cuales los daños directos a los consumidores no agotan el alcance del ilícito competitivo: “El artículo 82 del Tratado CE no se refiere solamente a prácticas empresariales susceptibles de lesionar directamente los intereses de los consumidores, sino que cubre también conductas que pueden lesionarlos de forma indirecta, al restringir o impedir el desarrollo de una competencia efectiva”. La Comisión con arreglo a este parámetro, rechaza que la anticompetitividad de una conducta dependa de la existencia de efectos directos e inmediatos sobre los niveles de precios. Una conducta puede ser considerada anticompetitiva, en ausencia de éstos, si amenaza al mantenimiento de una estructura de mercado competitiva y afirma expresamente que “(...) en el Derecho de la competencia comunitario, la existencia de un proceso competitivo no falseado constituye un valor en sí mismo, ya que genera eficiencias, y crea un clima propicio a la innovación”.

C) CONCENTRACIONES CONGLOMERALES Y PRÁCTICAS DE VINCULACIÓN

1. Panorámica: la teoría del efecto-cartera o “*portfolio effect*”

En la lucha contra las conductas lesivas de la competencia, el Derecho cumple dos grandes funciones: prevención y sanción y, para ello, cuenta con tres instrumentos legales fundamentales: normas que prohíben la celebración de prácticas colusorias, las normas que sancionan los abusos de posiciones de poder en el mercado y las normas que intentan prevenir, mediante el control de la concentración empresarial, la formación de estructuras de mercado anticompetitivas.

Hasta el momento, hemos venido examinando la política de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE a las prácticas de vinculación, supuesto expresamente contemplado en la redacción de ambos

artículos como ejemplo de acuerdo anticompetitivo o de conducta abusiva, respectivamente. En este apartado tendremos ocasión de analizar la eventual utilización de las normas en materia de concentraciones entre empresas como instrumento de prevención de la realización de conductas de vinculación. Posibilidad ésta, objeto de un encendido debate y que ha conducido a uno de los más recientes enfrentamientos entre las autoridades de la competencia estadounidenses y la Comisión Europea.

El reciente Reglamento comunitario de concentraciones²⁰⁶, en vigor desde el 1 de mayo de 2004, declara, en su artículo 2, la incompatibilidad con el mercado común de (...) *Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante (...)*. Aunque el tenor literal del precepto pueda dar a entender que el criterio adoptado para prohibir una concentración es el de la lesión significativa de la competencia, constituyendo la creación o el refuerzo de una posición dominante sólo una de las principales formas en las que esa lesión puede manifestarse, lo cierto es que ésta continua siendo el núcleo del juicio de valoración de los efectos competitivos de una concentración²⁰⁷. Están prohibidas las operaciones de

²⁰⁶ Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”). Esta norma sustituye al Reglamento (CEE) número 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1.989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. [DO L395/1, de 30 de diciembre de 1.989], el cual ya había sido objeto de modificación en 1997 mediante el Reglamento (CE) núm. 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1.997 [DO 1.997 L 180/97].

²⁰⁷ Por lo que se refiere a los casos en los que una concentración que no conduzca a la creación o refuerzo de una posición de dominio puede, no obstante, obstaculizar la competencia, el Considerando 25 del Reglamento establece que “(...) el concepto de obstaculización significativa de la competencia (...) debe ser interpretado haciéndolo extensivo más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante”. La Comisión concreta estas situaciones en las Directrices, aludiendo como potencial riesgo anticompetitivo de una concentración, diverso de la formación de una posición dominante, a la disminución de la competencia en un mercado oligopolístico no colusorio o competitivo, al eliminarse la presión competitiva existente con anterioridad entre las empresas ahora unidas. Por tanto, la única excepción al criterio de la posición de dominio como parámetro de determinación de la anticompetitividad de una concentración es la posibilidad de afirmar la incompatibilidad con el mercado común de una concentración que conduzca a la formación de un oligopolio no colusorio, preocupación subyacente,

crecimiento externo empresarial que conduzcan a la creación o al refuerzo de una posición dominante, colectiva o individual en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

La posibilidad de actualización de ese riesgo depende, en gran medida, del tipo de concentración proyectada. En principio, es posible distinguir tres grandes grupos o categorías de concentraciones. Las concentraciones horizontales son aquéllas que se producen entre sujetos operantes en el mismo estadio económico²⁰⁸ o, desde otra perspectiva, aquéllas uniones entre dos o más empresas que, actual o potencialmente, producen bienes sustitutivos²⁰⁹. Las concentraciones verticales, por su parte, se refieren a la unión entre agentes económicos que operan en estadios económicos sucesivos (p.e. producción y distribución)²¹⁰, es decir, que se encuentran en una relación de proveedor-cliente. Por último, las concentraciones conglomerales pueden ser delimitadas negativamente, abarcando todos aquellos supuestos de unión entre empresas no comprendidos en las categorías anteriores. Así, el Tribunal de Primera Instancia, las define como “uniones de empresas entre las que no existía, con anterioridad a la operación, una relación competitiva, ni como

por ejemplo, en el caso *Oracle/PeopleSoft* (Asunto IV/M.3216). Vid. para una perspectiva del debate sobre la determinación del test sustantivo de valoración de la concentración empresarial más adecuado, HERRERO SÚAREZ: “Control de las concentraciones de empresas” en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, coord. VELASCO SAN PEDRO, Valladolid, 2005, pp. 464 y ss.; PEINADO GRACIA: “Las concentraciones empresariales desde la perspectiva del ordenamiento comunitario. Apuntes sobre el Reglamento 139/2004, sobre control de concentraciones de empresas”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho de la competencia*, coords. FONT GALÁN/PINO ABAD, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 165 y ss.

²⁰⁸ Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo II, cit.*, p. 1096.

²⁰⁹ Dos bienes son sustitutivos cuando un incremento del precio del bien A dé lugar a un aumento de la demanda del bien B. Vid. OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002) 5, p. 20; NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects, cit.*, pp. 84 y ss.

²¹⁰ Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo II, cit.*, p. 1096.

competidores directos ni como proveedores o clientes”²¹¹. Esta definición, excluye del concepto de conglomerado, por tanto, las operaciones entre empresas con vínculos horizontales o verticales preexistentes²¹², con independencia de que este vínculo sea actual o meramente potencial²¹³. Pese a ello, la categoría de concentración conglomeral es muy amplia, ya que abarca desde la unión entre empresas operantes en sectores industriales carentes de cualquier tipo de relación entre sí (conglomerados puros) hasta la concentración de empresas que operan en mercados de productos relacionados o vecinos, ya sea por existir entre ellos una relación de complementariedad²¹⁴ o por compartir un mismo círculo de clientes.

En principio, las concentraciones horizontales son las que mayores riesgos competitivos presentan. Por una parte, pueden aumentar la potencia de las empresas que se concentran, dando lugar a la formación de posiciones de dominio unilaterales en los mercados, pero además, pueden

²¹¹ Sentencia del TPI de 25 de octubre de 2002, *Tetra Laval v. Comisión*, párrafo 142.

²¹² NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, cit., p. 10, afirma que dos empresas o líneas de negocio se encuentran en una relación de naturaleza conglomeral, si no pueden ser cubiertas por las categorías tradicionales de cliente, proveedor o competidor.

²¹³ En EE.UU., la concentración entre competidores potenciales, tradicionalmente, fue analizada como una modalidad de concentración conglomeral -vid. *ad.ex. FTC v. Procter & Gamble*, 386 U.S. 568 (1967)-. Ahora bien, el impacto de este tipo de operaciones en la estructura competitiva de los mercados es paralelo al de las concentraciones entre competidores actuales. Ambas conducen a una disminución de la competencia entre las empresas parte en la operación y a un incremento del nivel de concentración en el mercado relevante. Por el contrario, las operaciones verticales y conglomerales no eliminan la competencia entre las empresas que se unen. La lesión competitiva se produce entre la entidad resultante de la operación y terceras empresas operantes en otros mercados. Por eso, actualmente, las operaciones entre competidores potenciales se engloban bajo la categoría de concentraciones horizontales y, en la determinación de su competitividad, se siguen idénticos parámetros analíticos (*United States v. SEC Communications*, No 1:99 CV00715 (D.D.C. filed Mar. 23, 1999 and settled by consent decree).

En Europa, por su parte, la Comisión europea, excluye expresamente del concepto de concentración conglomeral, la unión entre empresas con relaciones horizontales o verticales, ya sean éstas *actuales* o *potenciales*, preexistentes. Vid. OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002) 5, Contribución de la Comisión Europea, p. 239.

²¹⁴ La relación entre dos bienes será de complementariedad si el incremento del precio de uno de ellos da lugar a una reducción de la demanda del otro (p.e., café y azúcar).

reducir la intensidad de la competencia en la totalidad del mercado mediante el refuerzo del carácter oligopolístico del mismo y la interdependencia que se deriva de ello. Las concentraciones verticales pueden provocar, a su vez, efectos restrictivos en la medida en que crean vínculos preferentes entre las empresas integradas, con la consiguiente exclusión de los terceros de una fuente de suministro o de un mercado. Exclusión que, a medio o largo plazo, puede facilitar la formación o el refuerzo de posiciones dominantes²¹⁵.

La valoración de las concentraciones conglomerales constituye una de las cuestiones más controvertidas del Derecho de la competencia. De hecho, el núcleo del debate, se centra en determinar si existe siquiera la necesidad de sujetar este tipo de fenómenos de reestructuración empresarial al control de la normativa antimonopolio. Al respecto, es posible distinguir dos posturas muy diversas. Mientras que el sistema *antitrust* estadounidense ha abandonado, ya desde hace tiempo, prácticamente todo interés y preocupación en los efectos de las concentraciones conglomerales; en el ámbito europeo, una serie de decisiones recientes revelan el temor del ejecutivo comunitario a que esta clase de operaciones puedan, en determinadas circunstancias, ocasionar lesiones competitivas.

La ola de concentraciones experimentada por EE.UU. durante los años sesenta y setenta²¹⁶ determinó un mayor rigor de las agencias administrativas en la aplicación de la normativa *antitrust* a estas operaciones. Rigor que alcanzó no sólo a las concentraciones horizontales, sino que se extendió a las operaciones de integración verticales y conglomerales. Con respecto a estas últimas, existía un cierto temor a la consolidación de gigantes empresariales, operantes en diversos mercados y con gran capacidad financiera. Así, durante la década comprendida entre 1965 y 1975, diversas operaciones de esta naturaleza fueron prohibidas,

²¹⁵ Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo II, cit.*, p. 1096; VÖLCKER: "Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control", 40, CMLR, 2003, pp. 585-586.

²¹⁶ Vid., *supra*, Capítulo I. .II.B.1,1.1.

fundamentalmente, en atención a dos tipos de preocupaciones o teorías sobre sus posibles efectos anticompetitivos. Por una parte, debido al, ya mencionado, riesgo de reducción o eliminación de la competencia potencial²¹⁷ y, en segundo lugar, debido a la posibilidad de que las modificaciones estructurales resultantes de la operación incitaran a la nueva entidad a llevar a cabo conductas anticompetitivas. En este caso, el recelo fundamental frente a estas operaciones era que pudieran ser utilizadas como instrumento facilitador de determinadas prácticas excluyentes, tales como, políticas de precios predatorias²¹⁸, prácticas de vinculación o de reciprocidad (*reciprocal dealing*)²¹⁹. Quizás, la mayor muestra de la desconfianza suscitada por estas operaciones y de la respuesta contundente de las autoridades en materia de competencia, reside en el desarrollo de la teoría de la “trinchera” o “*entrenchment*”. Con arreglo a esta teoría, las concentraciones conglomerales constituían una amenaza para la competencia, si permitían reforzar la posición de dominio, ya poseída por una de las empresas parte en la operación. Refuerzo que podía deberse, bien a la consecución de determinadas eficiencias (por ejemplo, en la producción o distribución de productos complementarios), al aumento de la capacidad financiera o a la extensión de la línea de producción, situaciones todas ellas que afectaban a la posición de las empresas rivales de menores dimensiones, incapaces de replicar estas ventajas.

²¹⁷ Esta preocupación está presente en los casos *U.S. v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964); *FTC v. Procter & Gamble*, 386 U.S. 568 (1967); *U.S. v. Falstaff Brewing Corp.*, 410 U.S. 526 (1973); *U.S.v. Marine Bancorporation, Inc.*, 418 U.S. 602 (1974); *Tenneco, Inc. v. FTC*, 689 F.2d 346 (2d Cir. 1982).

²¹⁸ Determinadas concentraciones conglomerales fueron condenadas con arreglo a la teoría de que podrían facilitar conductas predatorias, al crear entidades con mayor capacidad financiera (*deep pocket*) que, por tanto, podrían permitirse largos periodos de pérdidas sostenidas. Vid. *ad. ex.*, *U.S. v. Alum. Co. (Cupples)*, 233 F.Supp. 718, (E.D.Mo. 1964), affirmed mem., 382 U.S. 12 (1965).

²¹⁹ Así, por ejemplo, en *FTC v. Consolidated Foods Corp.*, 380 U.S. 592 (1965), se consideró que la operación hubiera permitido a la empresa concentrada imponerse como proveedor y como comprador en un mercado intermediario y utilizar el poder que tenía en un lado (como proveedor) para reforzar su posición en el otro (como comprador).

El triunfo de las ideas de Chicago²²⁰ y la progresiva reorientación del Derecho de la competencia estadounidense hacia una actitud más permisiva, limitando el contenido del ilícito competitivo a conductas susceptibles de afectar al bienestar del consumidor, mediante subidas de precios o reducciones de la producción, determinará el paulatino abandono de estas teorías y de la preocupación por sujetar a control las concentraciones conglomerales. Se defiende la eficiencia generalmente asociada a este tipo de operaciones, la naturaleza puramente especulativa de muchos de los argumentos tradicionalmente utilizados para su condena y la idoneidad y suficiencia de la normativa de control *ex post* de conductas empresariales (sección 1 y 2 de la *Sherman Act* y sección 3 de la *Clayton Act*) en el caso de que alguna de las prácticas temidas, como los precios predatorios o la vinculación, llegue efectivamente a producirse. Las agencias administrativas y las autoridades judiciales recogen esta nueva orientación. Así, por ejemplo, las Directrices sobre concentraciones (*Merger Guidelines*) de 1982, ni siquiera se preocupan de analizar las concentraciones verticales o conglomerales, que se presumen procompetitivas y eficientes. De hecho, en los últimos años no se ha producido ninguna condena judicial de este tipo de concentraciones, particularmente de operaciones que simplemente crean incentivos para la realización de conductas excluyentes²²¹.

La despreocupación estadounidense frente a las concentraciones conglomerales no es compartida en el ámbito europeo o, al menos, no

²²⁰ La política tradicional en materia de concentraciones conglomerales fue objeto de severísimas críticas y duros ataques por parte de los miembros de la Escuela de Chicago, vid. especialmente, BORK: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, cit., pp. 252 y ss.

²²¹ Vid. en general, sobre la evolución en el tratamiento de las concentraciones conglomerales en EE.UU., OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002) 5, Contribución del Ministerio de Justicia estadounidense, (DOJ), pp. 213 y ss.; FOX: “U.S. and European Merger Policy- fault lines and bridges mergers that create incentives for exclusionary practices”, 10, *Geo. Mason. L. Rev.*, 2002, pp. 477y ss.; GELLHORN/KOVACIC: *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, cit., pp. 389 y ss.; HOVENKAMP: *Antitrust*, cit., pp. 233 y ss.; KOLASKY: “Conglomerate Mergers and Range Effects: It’s a long way from Chicago to Brussels”, cit., pp. 533 y ss.; SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, cit., pp. 188 y ss.; SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, cit., pp. 371 y ss.

respecto a todas las posibles modalidades de estas operaciones. Las autoridades comunitarias han expresado reciente y repetidamente su preocupación de que, en determinados supuestos, estas operaciones puedan efectivamente dar lugar a lesiones de la competencia, mediante la formación o el refuerzo de posiciones dominantes en el mercado común²²². En los últimos años se han desarrollado diversas teorías sobre el eventual impacto anticompetitivo de estas concentraciones, que pueden ser englobadas en la ambigua y difusa categoría de “efectos-cartera” (*portfolio effects*) o “efectos-gama” (*range effects*). Pese a la inexistencia de una postura unánime sobre el alcance de este concepto²²³, la preocupación esencial que subyace en esta teoría es que, la formación de una amplia cartera de productos puede incentivar a la entidad resultante de la concentración a llevar a cabo determinadas conductas excluyentes que acaben, a medio o largo plazo, afectando a la estructura de los distintos mercados implicados y consolidando posiciones de poder en los mismos.

Este riesgo se condiciona a la concurrencia de, como mínimo, dos circunstancias, en la concentración proyectada. En primer lugar, la preexistencia de poder económico –no necesariamente dominante– en al menos uno de los mercados afectados y la combinación de productos comercializados en mercados vecinos o relacionados. La relación entre los mercados se refiere a la existencia de un vínculo de unión desde la perspectiva de la demanda, debido a la presencia de una base común de clientes (consumidores intermedios o finales) para los distintos productos.

²²² Vid. OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002) 5, Contribución de la Comisión Europea, pp. 239 y ss.; DRAUZ: “Unbundling GE/HONEYWELL: The Assessment of conglomerate mergers under EC Competition Law”, *International Antitrust Law & Policy, Ford.Corp. L. Inst.*, 2001, pp. 183 y ss.

²²³ Así, por ejemplo, NALEBUFF recoge un concepto amplio de efectos cartera, que incluye tanto aquellos supuestos en los que existe una relación de complementariedad entre los productos, como los casos de presencia de un vínculo de sustitución o de ausencia total de relación entre los bienes. Vid. NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, cit., p. 10. En el marco de la OCDE se utiliza un concepto más restringido que se limita a los efectos que pueden derivarse de concentraciones en las que se combinan productos de marca vendidos en mercados vecinos o relacionados, siempre que, además, al menos una de las partes de la operación posea poder en alguno de los mercados afectados. Vid. OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002), Background Note, p. 23.

Base común que estará especial –si bien no exclusivamente- presente, en el supuesto de bienes complementarios. La peligrosidad competitiva de la operación puede verse acrecentada en los casos en los que aumenten considerablemente los recursos y la capacidad financiera de la nueva entidad de resultas de la operación.

Estas concentraciones expanden la gama de productos de la entidad resultante, permitiéndola ofrecer paquetes combinados de productos, cuya adquisición conjunta puede resultar más atractiva para las empresas clientes que la compra individualizada o separada de cada uno de ellos a terceras empresas competidoras. El atractivo de la oferta puede deberse a la existencia de una relación de complementariedad técnica entre los productos (es decir, cuando uno de ellos no puede funcionar sin el otro, como, por ejemplo, un sistema operativo informático y un programa de software), de una relación de complementariedad económica (productos que son consumidos conjuntamente, como la leche y el café, o producidos conjuntamente, como la gasolina y el gasóleo) o, por último, la complementariedad puede tener una naturaleza comercial (cuando los productos forman parte de una gama que los distribuidores mayoristas o minoristas, consideran necesario trabajar en su totalidad, como por ejemplo, las bebidas alcohólicas o carbonatadas).

En presencia de determinadas circunstancias, la combinación de estos productos puede otorgar a la entidad concentrada la habilidad y el incentivo económico para llevar a cabo prácticas empresariales que acaben afectando a la conformación estructural de los mercados. Más concretamente, la empresa puede recurrir a conductas, como la vinculación, que le permitan extender el poder económico preexistente a uno o más de los mercados que comprende ahora su nueva cartera de productos (*leverage*). La Comisión ha identificado diversos tipos de vinculación, a través de los cuales esa extensión de poder puede hacerse efectiva y cuya realización puede verse facilitada tras la concentración²²⁴.

²²⁴ Vid. OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002), Contribución de la Comisión, pp. 240 y ss.; DRAUZ: “Unbundling GE/HONEYWELL: The Assessment of conglomerate mergers under EC Competition Law”, *cit.*, pp. 185 y ss.

En primer lugar, la concentración puede facilitar a la nueva empresa el ejercicio de presión sobre sus clientes, negándose a suministrar un determinado producto a menos que sean adquiridos a su vez otros bienes o, incluso, todos los productos de la gama²²⁵. La vinculación también puede articularse a través de incentivos en el precio. La constitución de una amplia cartera de productos complementarios otorga flexibilidad a la empresa en la fijación de sus ofertas y en la concesión de descuentos, de modo que ésta puede servirse de su capacidad financiera, para ofertar paquetes de productos a un precio más reducido que el de la suma del precio de los componentes individuales (*mixed-bundling*), es decir, para conceder rebajas subordinadas a la adquisición de un paquete de productos²²⁶. Un último supuesto de vinculación identificado por el ejecutivo, es la unión tecnológica entre productos, es decir, cuando éstos sólo son asequibles como partes de un sistema integrado incompatible con componentes individuales de terceras empresas competidoras.

El problema principal que la evaluación de estas prácticas plantea es que, a primera vista –o en el corto plazo–, muchas de ellas, como, por ejemplo, la vinculación articulada a través de descuentos o concesiones en el precio, pueden aparecer deseables desde el punto de vista de los clientes y consumidores finales. No obstante, el ejecutivo comunitario mantiene que las mismas pueden acabar dañando a los consumidores, al permitir la consolidación o creación de posiciones de dominio a medio o largo plazo, debido a la marginalización y exclusión de los competidores del mercado.

Por tanto, y a diferencia de las concentraciones horizontales o verticales, la principal preocupación asociada a las concentraciones conglomerales, no es tanto la modificación inmediata y directa de la estructura de los mercados, sino la consolidación o refuerzo indirecto de

²²⁵ Esta preocupación está presente, por ejemplo, en los casos *Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB* (Decisión de la Comisión de 22 de enero de 1997, Asunto IV/M.794) y *Guinness/Grand Metropolitan* (Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 1997, Asunto IV/M.938).

²²⁶ La posibilidad de que la empresa concentrada recurra a conductas de *mixed bundling* constituye el corazón de la prohibición en el caso *GE/Honeywell*, analizado más adelante (*infra*) y está presente en el caso *Pernord Ricard/Diageo/Seagram Spirits* (Asunto IV/M.2268, 2001).

posiciones de dominio mediante la facilitación de determinadas conductas de carácter excluyente.

Dentro de las distintas decisiones comunitarias en este campo, consideramos de especial relevancia para nuestro análisis, el examen de dos pronunciamientos relativamente recientes, las decisiones en los asuntos *Tetra Laval/Sidel* y *GE/Honeywell*. En ambos casos, el ejecutivo comunitario prohibió la operación de concentración proyectada por considerar que las mismas podían facilitar la creación y refuerzo de posiciones dominantes, entre otras razones, al facilitar la realización de prácticas de vinculación (*tying* en sentido estricto y *mixed bundling*²²⁷) anticompetitivas.

La decisión en el caso *Tetra Laval* fue anulada por el Tribunal de Primera Instancia, sentencia confirmada posteriormente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estos dos pronunciamientos judiciales aclaran, si no todas, algunas de las principales cuestiones suscitadas en relación a la aplicabilidad del Reglamento 139/2004 a las concentraciones conglomeradas²²⁸.

La trascendencia del caso *GE/Honeywell* reside en el doble y contradictorio enjuiciamiento de los mismos supuestos de hecho en Europa y en EE.UU. La operación proyectada fue autorizada, sólo con modificaciones menores, por las autoridades estadounidenses y prohibida por la Comisión Europea. Esta decisión, originadora de una gran controversia, pone especialmente de manifiesto, las notables diferencias que subsisten, hoy en día, entre ambos sistemas en la concepción del ilícito competitivo, diferencias que resultan particularmente evidentes en el tratamiento de las conductas excluyentes.

²²⁷ Vid. sobre los conceptos de *tying*, *pure bundling* y *mixed bundling*, *supra*. Capítulo II.III.B.1.

²²⁸ La Comisión anunció, dentro del marco de revisión de la normativa en materia de control de la concentración empresarial, la futura aprobación de un proyecto de Comunicación sobre la política de valoración de las concentraciones verticales y conglomeradas.

2. Tetra Laval/Sidel

En 2001, la Comisión Europea vuelve a tener la posibilidad de examinar la conformidad con el Derecho de la competencia, de las prácticas comerciales de la empresa neerlandesa Tetra Laval. En esta ocasión, con motivo de la proyectada fusión entre la filial francesa de ésta y la empresa francesa Sidel, también operante en la industria del envasado²²⁹. La Comisión consideró, de nuevo, probado el dominio de Tetra en los mercados de envases asépticos y de maquinarias de envasado aséptico²³⁰ e identificó dos mercados vecinos en los que la concentración podía tener efectos relevantes. En primer lugar, el mercado de maquinaria de envasado para PET (*polyethylene terephthalate*), material empleado para la fabricación de botellas de plástico transparentes y especialmente, dentro de éste, el de maquinaria SBM (*stretch blow moulding*) en el que Sidel ocupaba una posición de liderazgo mundial y un segundo mercado, comprensivo de la maquinaria de envasado de botellas opacas HDPE (*high density polyethylene*).

El ejecutivo prohibió la operación al considerar que la misma daría lugar a un refuerzo de la posición dominante de Tetra en el mercado de envasado de comida en recipientes asépticos de cartón²³¹ y a la creación de

²²⁹ Decisión de la Comisión, de 30 de octubre de 2001, Asunto IV/M.2416 *Tetra Laval/Sidel*. Para un comentario de la decisión vid. DIÉZ ESTELLA: “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “monopoly leveraging” a las “essential facilities””, 248, RDM, 2003, pp. 566 y ss.

²³⁰ Vid. caso *Tetra Pak II*, *supra*, B.2.

²³¹ La Comisión argumentó que la maquinaria de envasado PET, pese a constituir un mercado diferenciado, empezaba ya a representar una fuente significativa de presión competitiva en el mercado de envasado en cartón, debido al incremento progresivo del envasado PET en determinados sectores de bebidas, como productos lácteos y zumos. En ausencia de la concentración, cabía esperar que Tetra defendiera su posición mediante la innovación y la reducción de precios en sus productos de envasado en cartón, mientras que de producirse la misma, este incentivo desaparecería ya que la empresa podría capturar, de alguna forma, los clientes que cambiaran de cartón a PET (Decisión de la Comisión, párrafos 390 y ss.). El TPI consideró que la Comisión no había probado adecuadamente que la operación fuera a conducir a un refuerzo de la posición dominante de Tetra en el mercado de envasado en cartón. Las afirmaciones sobre la conducta futura de la empresa y evolución de los mercados eran puramente especulativas, muy poco sólidas y no satisfacían el estándar legal de prueba (Sentencia del TPI, párrafos 310 y ss.).

una nueva posición de dominio por parte de la entidad resultante en el mercado del envasado PET. Nos interesa, especialmente, el segundo pilar de la prohibición, cuyo eje central lo constituye la posibilidad de que la empresa fusionada recurriese a prácticas de vinculación anticompetitivas.

La Comisión consideró que el mercado de envasado PET y el de cartón constituían mercados distintos, pero fuertemente relacionados. Pese a que la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda era relativamente débil, existía una interacción competitiva entre ellos, en parte debido a la presencia de una categoría importante de bebidas susceptibles de ser envasadas tanto en cartón como en PET. La Comisión afirmó que la entidad resultante de la operación tendría la posibilidad e incentivo de extender (*leverage*) su posición dominante en el mercado de envasado en cartón, mediante conductas de *tying* o *bundling*, al mercado de envasado PET y, especialmente, a la maquinaria SBM. Esta habilidad resultaría de la modificación estructural de los mercados resultante de la concentración, particularmente idónea para la realización de prácticas de vinculación o análogas, debido a: 1) La existencia de una significativa y progresiva superposición entre PET y cartón; 2) La relativa debilidad de la capacidad o poder de negociación de los clientes en ambos mercados; 3) La presencia de una relación de complementariedad técnica entre cartón y PET; 4) La posición de primacía o liderazgo en el mercado de envasado PET de la que partiría la entidad resultante de la concentración; 5) La debilidad de los competidores de la empresa concentrada, debida a sus cuotas de mercado reducidas y a la falta de una cartera de productos lo suficientemente amplia como para poder responder frente a la vinculación, ofreciendo paquetes similares. El temor del ejecutivo era que, como consecuencia de estas prácticas, los competidores se vieran excluidos de sectores significativos del mercado PET, desembocándose, a medio o largo plazo, en la consolidación de una posición de dominio de la empresa fusionada en este mercado²³².

²³²En refuerzo de su teoría sobre la posibilidad de extensión del poder de mercado, la Comisión baremó también posibles efectos horizontales y verticales de la operación propuesta. Así, por lo que a los primeros se refiere, el ejecutivo aseguró que la transacción reforzaría la posición de la entidad fusionada en los mercados de maquinaria PET en los que existía un solapamiento de las actividades de las partes. Con respecto a los efectos verticales, la Comisión determinó que la entidad resultante de la operación sería la única, a nivel mundial, que podría ofrecer líneas

La decisión de la Comisión fue apelada ante el TPI, quién en octubre de 2002, anula en una importante sentencia²³³ y, por tercera vez en un mismo año, una decisión del ejecutivo comunitario de prohibición de una operación de concentración²³⁴.

El Tribunal examina y rechaza las conclusiones de la Comisión sobre la anticompetitividad de la conducta y concluye que no se ha conseguido probar que la transacción, de ser autorizada, conduciría a un refuerzo o creación de una posición de dominio en ningún mercado relevante. Siguiendo la misma línea utilizada en *Airtours* y *Schneider*, el Tribunal realiza un exhaustivo y meticuloso análisis de los supuestos de hecho del caso. La revisión judicial no cuestiona los principios legales fundamentales aplicados por el ejecutivo comunitario, sino la ponderación realizada de las circunstancias fácticas y el análisis económico sobre los efectos anticompetitivos de la transacción. El Tribunal tacha éste de especulativo, las conclusiones no se apoyan en elementos sólidos y no han sido probadas de forma rigurosa y convincente²³⁵.

completamente integradas, tanto de cartón como de PET, lo que causaría la exclusión del mercado de los proveedores competidores y no integrados de equipo PET, a su vez importantes clientes de Sidel. La Comisión consideró que estos previsibles efectos horizontales y verticales reforzarían la posición global de la empresa fusionada en el mercado de equipo PET, incrementándose con ello, su habilidad para extender su posición de dominio en el mercado del cartón al mercado de equipo PET.

²³³ Sentencia del TPI de 25 de octubre de 2002, Asunto T-5/02, *Tetra Laval v. European Comisión*.

²³⁴ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, Asunto T-342/1999, *Airtours v. European Commission*; Sentencia del TPI de 22 de octubre de 2002, Asunto T-310/01, *Schneider Electric v. European Commission*.

²³⁵ La sentencia del TPI fue recurrida por la Comisión ante el TJCE. Entre otras cuestiones, la Comisión alegó que el TPI se había extralimitado en el análisis de la decisión, limitando indebidamente su discrecionalidad en la ponderación de circunstancias fácticas y económicas complejas. El Tribunal, en opinión de la Comisión, no se había limitado a una revisión, sino que había asumido funciones decisorias, sustituyendo totalmente el juicio y opiniones de la Comisión por los suyos propios. Este argumento es desestimado por el TJCE (Sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2005, Asunto C- 12/03 P). Vid. un comentario en VÖLCKER/CHARRO: “*Tetra Laval –a landmark judgement on EC merger control*”, *Competition Law Insight*, 8 Marzo 2005, pp. 3 y ss. y la distinta valoración que del mismo realiza la Comisión en DRAUZ: “*Conglomerate and vertical mergers in the light of the Tetra Judgement*”, 2, CPNL, 2005, pp. 35 y ss.

Así, el Tribunal reconoce que las concentraciones conglomerales pueden, en determinadas circunstancias, tener efectos anticompetitivos. En concreto, distingue dos posibilidades diversas. En primer lugar, operaciones conglomerales de las que se deriva una modificación inmediata de las condiciones de competencia en un segundo mercado, como consecuencia de la existencia de una posición dominante en un primero²³⁶. En segundo lugar, concentraciones que pueden dar lugar al refuerzo o creación de una posición dominante sólo tras un intervalo temporal y como resultado de una determinada conducta de la empresa fusionada en un primer mercado. Se admite, por tanto, con carácter general, la posibilidad de funcionamiento del *leverage* y su legitimidad como criterio de prohibición de una operación de concentración²³⁷. Ahora bien, pese a este reconocimiento formal, tanto el TPI como el TJCE van a endurecer considerablemente la carga de la prueba de la Comisión en estos supuestos, estableciendo clara y expresamente que los efectos de estas concentraciones, generalmente, son neutrales o beneficiosos, por lo que las teorías sobre eventuales efectos anticompetitivos tienen que estar sustentadas en circunstancias de hecho objetivas y en indicios convincentes²³⁸. El análisis de la Comisión debe demostrar que la transacción conducirá “con toda probabilidad” a la creación o refuerzo de una posición dominante “en un futuro relativamente cercano”, exigiendo estos supuestos un “examen especialmente riguroso de las circunstancias de hecho”. Las conclusiones sobre efectos que se producirán sólo tras un periodo de tiempo significativo (como la eventual marginalización de terceras empresas del mercado tras la implementación de la conducta excluyente) deben, aunque se admita un cierto margen de discrecionalidad, ser especialmente plausibles²³⁹.

²³⁶ El TPI no ofrece ningún ejemplo de este tipo de operaciones.

²³⁷ “Si los mercados afectados son vecinos y una de las empresas parte en la concentración ya ostenta una posición de dominio en uno de ellos, la operación, mediante la puesta en común de capacidades o instrumentos puede, efectivamente, crear las condiciones que conduzcan a la realización de conductas que permitan la extensión, en un futuro relativamente cercano, del poder económico entre mercados” (Sentencia del TPI, párrafo 151).

²³⁸ Vid. Sentencia del TPI, párrafo 155.

²³⁹ Vid. Sentencia del TPI, párrafo 162.

En el caso concreto, el TPI consideró que la Comisión no había satisfecho el estándar de prueba exigido. No había conseguido demostrar que la concentración permitiría la creación de una nueva posición de dominio en el mercado de equipo PET. Si bien el Tribunal reconoció que, dadas las especiales características de los mercados afectados, la empresa concentrada tendría la “posibilidad” de recurrir a conductas de extensión de su poder de mercado, como prácticas de discriminación, políticas de precios predatorias, y discriminatorias, etc.²⁴⁰, lo que no había podido ser probado es que tuviera “incentivos” racionales para hacerlo²⁴¹. Es importante destacar, como el Tribunal, en contra del juicio de la Comisión, afirma la importancia, en la baremación de los incentivos futuros de la empresa, del hecho de que las conductas excluyentes –cuya concreción se teme- estén cubiertas por el artículo 82 del Tratado CE, norma específicamente orientada al control de “comportamientos”²⁴².

3. *GE/Honeywell*

Los problemas asociados a la valoración de las concentraciones conglomerales y las divergencias existentes entre los distintos sistemas han sido especialmente puestos de manifiesto en el caso *GE/Honeywell*²⁴³. El

²⁴⁰ Vid. Sentencia del TPI, párrafos 192 y ss.

²⁴¹ Vid. Sentencia del TPI, párrafos 200 y ss.

²⁴² Vid. Sentencia del TPI, párrafo 254; DIÉZ ESTELLA: “La doctrina del abuso en los mercados conexos...”, *cit.*, pp. 568 y ss.

²⁴³ El caso ha dado lugar a una numerosa bibliografía, de entre la que destacamos: DRAUZ: “Unbundling GE/HONEYWELL: The Assesment of conglomerate mergers under EC Competition Law”, *cit.*, pp. 183 y ss.; OSTI/PARDOLESI: “La decisione della Commissione CE sul caso General Electrics/Honeywell”, *cit.*, pp. 310 y ss.; PFLANZ/CAFFARRA: “The Economics of G.E./Honeywell”, 3, ECLR, 2002, pp. 115 y ss.; BURNSIDE: “GE, Honey, I suck the Merger”, 2, ECLR, 2002, pp. 107 y ss.; IDOT: “Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste...”, 2, Concorrence, 2005, pp. 31 y ss.; VÖLCKER: “Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control”, *cit.*, pp. 581 y ss.; FOX: “U.S. and European Merger Policy- fault lines and bridges mergers that create incentives for exclusionary practices”, *cit.*, pp. 471 y ss.; BRIGGS/ROSENBLAT: “GE/Honeywell: a response to Kolasky & Greenfield”, 10, *George Mason Law Review*, 2002, pp. 459 y ss.; NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, part 2- Case Studies, pp. 22 y ss; GIOCATOS/PETIT/GARNIER/DE LUYCK: “General Electric/Honeywell –An insight into the Commission’s investigation and decisión”, 3, CPNL, 2001, pp. 5 y ss.; KOLASKY: “Conglomerate Mergers and Range

gigante estadounidense, General Electric (en adelante, GE), proyectó una operación de crecimiento externo mediante su concentración con la empresa americana Honeywell International (en adelante, Honeywell), operación que se presentaba, en atención al volumen de negocios afectado (41.000 millones de dólares), como la más grande de la historia.

GE tiene en solitario una posición dominante, a nivel mundial, en los mercados de motores a reacción para grandes aviones comerciales y regionales. Además, ocupa, a través de su filial GE Comercial Aviation Service (en adelante, GECAS) una importante posición en el mercado de compra y arrendamiento financiero (*leasing*) de aviones. Honeywell, por su parte, es el principal suministrador de productos de aviónica²⁴⁴ y no aviónica²⁴⁵ y de motores a reacción para aviones corporativos y de motores de arranque, un componente fundamental en la fabricación de motores.

El proyecto de concentración fue presentado a autorización tanto en EE.UU. como en Europa. Los procedimientos se desarrollaron en paralelo: idénticos sujetos, idéntico objeto, idénticos argumentos; incluso, algunos testimonios importantes fueron obtenidos conjuntamente por funcionarios de ambas administraciones. Pero el resultado de cada uno de ellos difirió notablemente, ya que, mientras EE.UU. dio luz verde a la operación, exigiendo únicamente determinados compromisos estructurales menores, la Comisión Europea dijo no y el 3 de julio de 2001 declaró la incompatibilidad de la concentración con el mercado común²⁴⁶, lo que originó un enfrentamiento con las autoridades estadounidenses, quiénes reaccionaron

Effects: It's a long way from Chicago to Brussels", *cit.*, pp. 533 y ss.; EVANS/SALINGER: "Competition thinking at the European Commission: Lessons from the aborted GE/Honeywell merger", 10, *George Mason Law Review*, 2002, pp. 489 y ss.

²⁴⁴ Los productos o sistemas de aviónica comprenden una serie de equipos utilizados para el control de la aeronave, la navegación, comunicación así como la determinación de las condiciones de vuelo.

²⁴⁵ Los productos de no aviónica abarcan una gran variedad de sistemas o subsistemas, como, por ejemplo, unidades de poder auxiliar, sistemas de control medio ambiental, ruedas, frenos, aparejos de aterrizaje, iluminación, etc.

²⁴⁶ Decisión de la Comisión de 3 de julio de 2001, Asunto IV/M.2220, *General Electric/Honeywell*. La decisión ha sido objeto de apelación ante el TPI de las Comunidades Europeas.

con dureza ante la decisión europea²⁴⁷ en la que, de nuevo, preocupaciones conglomerales orientan el análisis del ejecutivo comunitario.

La concentración propuesta hubiera supuesto la unión de la posición dominante de GE en el mercado de motores y su influencia como comprador y financiador de material aéreo a través de GECAS con la posición líder de Honeywell en el mercado de aviónica y otros productos. El ejecutivo temía que esta combinación hubiera derivado en la formación de una entidad empresarial capaz de consolidar y extender su dominio, principalmente, mediante prácticas de oferta de paquetes conjuntos (*mixed bundling*) y, de reforzar a la vez, las posiciones adquiridas gracias a la utilización estratégica de su inmenso brazo de adquisición, GECAS.

La Comisión concluyó que la combinación de actividades de ambas empresas habría *creado* posiciones dominantes en los mercados de suministro de aviónica y no aviónica y motores a reacción para aviones corporativos y, *consolidado* las actuales posiciones dominantes de GE en motores a reacción para grandes aviones, comerciales y regionales.

Los reparos de la Comisión a la concentración se basaban en sus posibles efectos, tanto horizontales y verticales²⁴⁸ como conglomerales. De nuevo, la posibilidad de acometer conductas de vinculación, en este caso, prácticas de *mixed-bundling*, constituye uno de los pilares de la prohibición. La naturaleza complementaria de los productos ofertados por GE y Honeywell, unido a sus posiciones de mercado respectivas hubieran proporcionado a la entidad concentrada la habilidad y el incentivo

²⁴⁷ Vid. *ad. ex.*, el artículo de William J. Kolasky, miembro de la División Antitrust del Ministerio de Justicia estadounidense, KOLASKY: “Conglomerate Mergers and Range Effects: It’s a long way from Chicago to Brussels”, *cit.* y las declaraciones del Fiscal General, Charles A. James, respecto a la decisión europea “Consideramos que esta teoría va en contra del consumidor, protege a los competidores sin considerar los orígenes nacionales y coloca la lucha antimonopolio en la peligrosa y perversa práctica de elegir ganadores y perdedores y determinar los resultados del mercado”. (www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8510.htm)

²⁴⁸ En algunos casos, la concentración podría dar lugar a solapamientos horizontales (por ejemplo, en el mercado de motores a reacción para grandes aviones regionales, en el que ambas empresas competían) o a consecuencias de carácter vertical (debido a que Honeywell operaba como proveedor de componentes a empresas competidoras).

económico para emprender prácticas de oferta de paquetes de productos (motores, aviónica y no aviónica) a precios reducidos o descontados. Esta posibilidad resultaría de la gran capacidad financiera de la nueva entidad que le permitiría articular políticas de subvención de descuentos a través de los distintos productos integrantes de la oferta combinada.

Estas prácticas de vinculación conducirían a una reasignación de cuotas de mercado en favor de la entidad concentrada, excluyendo a otras empresas competidoras del mercado. Exclusión que, en atención a las especiales características de los sectores industriales afectados, derivarían a medio o largo plazo en una salida definitiva de los competidores, incapaces de replicar estas ofertas combinadas y de cubrir sus costes fijos, del mercado y en la subsiguiente consolidación de la posición de poder económico de la nueva entidad²⁴⁹.

Es fácil deducir el por qué de la polémica desatada con esta decisión de la Comisión, de la dura reacción de las autoridades y de la generalidad de la doctrina estadounidense²⁵⁰ y, gran parte de la europea²⁵¹ y de la expectación con la que se aguarda la sentencia del TPI. La Comisión sanciona una operación por considerar que la misma va a permitir a la empresa resultante realizar determinadas conductas que, aun traduciéndose de forma inmediata en un beneficio para los consumidores – manifestado en la existencia de precios más reducidos-, a largo plazo, pueden resultar lesivas de sus intereses. El daño futuro se derivaría de la exclusión de competidores (*foreclosure*), incapaces de replicar la estrategia de la nueva entidad y, por tanto, abocados a un abandono del mercado, lo

²⁴⁹ Vid. Decisión de la Comisión, párrafos 349 y ss.

²⁵⁰ Abiertamente en contra de la decisión se pronuncian, *ad. ex.*, EVANS/SALINGER: “Competition thinking at the European Commission: Lessons from the aborted GE/Honeywell merger”, *cit.* No obstante, vid. posturas más conciliadoras en FOX: “U.S. and European Merger Policy- fault lines and bridges mergers that create incentives for exclusionary practices”, *cit.* y en BRIGGS/ROSENBLAT: “GE/Honeywell: a response to Kolasky & Greenfield”, *cit.*

²⁵¹ Vid. IDOT: “Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste...”, *cit.*; OSTI/PARDOLESI: “La decisione della Commissione CE sul caso General Electrics/Honeywell”, *cit.*; VÖLCKER: “Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control”, *cit.*

que posibilitaría a la empresa la consolidación de su poder de dominio y la subida artificial de los precios.

Si bien, no puede negarse que en toda valoración de una concentración empresarial, al realizarse prospectivamente, es inevitable cierto grado de aleatoriedad, el análisis realizado por el ejecutivo en este caso, es excesivamente especulativo y parcial. En su decisión sobre la autorización o prohibición de la concentración, la Comisión tiene que valorar, en primer lugar, el grado de probabilidad de que una determinada conducta se produzca y, posteriormente, los efectos competitivos que cabe esperar de la misma.

La posibilidad de que el ilícito temido, de concretarse en la práctica, pueda encontrar cabida en otras normas, como el artículo 82 del Tratado CE, es un factor que ha de ser ponderado en este primer paso del análisis²⁵², así como los eventuales compromisos de las empresas de no incurrir en este tipo de conductas²⁵³. En segundo lugar, es preciso evaluar las características de los mercados afectados, a fin de afirmar o descartar la plausibilidad de conductas de vinculación, así, por ejemplo, la naturaleza de la relación existente entre los distintos bienes que comprenden la cartera de productos de la empresa emergente, la estructura de los mercados, la

²⁵² Así fue reconocido expresamente por el TPI en el caso Tetra Laval (*cit.*) Si bien el Tribunal no consideró la posibilidad de aplicación futura del artículo 82 del Tratado como una razón suficiente para descartar la aplicabilidad del Reglamento en materia de concentraciones a este tipo de situaciones, sí determinó que la Comisión no podía limitarse a basar su análisis sobre los peligros de una operación en potenciales comportamientos susceptibles de vulnerar el artículo 82. El Tribunal no presume que las empresas sujetarán su actuación a derecho, pero impide a la Comisión que presuma lo contrario. No cabe simplemente esperar un comportamiento ilegal. Antes bien, la Comisión está obligada a analizar si, en atención a las circunstancias específicas del caso, los incentivos de la entidad fusionada para emprender conductas ilegales se ven reducidos o eliminados por la probabilidad de detección e imposición de multas u otras sanciones.

²⁵³ La Comisión no se ha mostrado tradicionalmente muy receptiva a la asunción de obligaciones de no llevar a cabo una determinada conducta (*behavioral remedies*) para dar luz verde a una concentración, exigiendo, generalmente, modificaciones de carácter estructural, como desinversiones. No obstante, tanto el TPI como el TJCE, han reconocido, en el examen del caso Tetra Laval/Sidel, la importancia y adecuación de estas soluciones de conducta para resolver los principales riesgos competitivos asociados a las concentraciones conglomerales. Vid. especialmente al respecto, IDOT: “Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste...”, *cit.*

posición de la empresa en cada uno de los mercados implicados, etc. Cuanto más incierta aparezca la realización de estas conductas excluyentes, menos conveniente resulta el recurso a la normativa en materia de control empresarial.

En segundo lugar, una vez constatada la probable realización futura de la conducta, es necesario evaluar el previsible impacto de la misma sobre la competencia, lo que, generalmente, exige una ponderación de sus eventuales efectos beneficiosos y anticompetitivos. La Comisión, en este caso, ha adoptado una actitud abiertamente hostil frente a las prácticas de vinculación. En su razonamiento se centra únicamente en los posibles efectos excluyentes de la conducta a medio y largo plazo, sin entrar a considerar los beneficios económicos inmediatos que pueden derivarse de la práctica²⁵⁴.

Así algunos autores han identificado determinadas eficiencias económicas asociadas a las prácticas de *mixed-bundling*, como la posibilidad de resolver externalidades en la fijación del precio de los bienes²⁵⁵. Mediante la oferta conjunta de productos complementarios la empresa puede obtener un ahorro de costes que se traduce en el establecimiento de precios más bajos. La exclusión de competidores es resultado de la normal lucha competitiva en los mercados, con arreglo a la cual, las empresas más eficientes ganan. La política de la Comisión será acusada de parapetar o proteger a competidores ineficientes en perjuicio de los intereses de los consumidores y de hacer derivar el daño a la competencia de la eficiencia de una empresa (*efficiency offense*), en recuperación de viejas concepciones recelosas del tamaño y poder de los agentes económicos (*"big is bad"*)²⁵⁶. Frente a estas acusaciones, el ejecutivo

²⁵⁴ La principal acusación de las autoridades estadounidenses –y de gran parte de la doctrina–, es que la política de la Comisión está más pendiente de los intereses de los competidores que de los consumidores y la competencia en sí.

²⁵⁵ Se trata del conocido como “efecto Cournot” que tendremos ocasión de analizar, en más detalle, en el Capítulo V del presente trabajo.

²⁵⁶ Vid. EVANS/SALINGER: “Competition thinking at the European Commission: Lessons from the aborted GE/Honeywell merger”, *cit.*, pp. 489 y ss.; KOLASKY: “Conglomerate Mergers and Range Effects: It’s a long way from Chicago to

reconoce que, a corto plazo, la vinculación puede traducirse en una reducción de los precios, lo que constituye una consecuencia deseable desde el punto de vista de los consumidores, pero califica estas reducciones de meramente estratégicas, no englobables dentro del tipo de eficiencias que pueden ser ponderadas en la determinación de la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común²⁵⁷.

Las principales críticas denuncian que una regla que prohíba una concentración debido a que ésta puede facilitar conductas o prácticas de vinculación, presenta el peligro de sacrificar eficiencias inmediatas a fin de prevenir un daño futuro y especulativo a la competencia.

En nuestra opinión, la Comisión ha adoptado en estas decisiones, una visión muy sesgada de los efectos de las prácticas de vinculación sobre la competencia. Éstas constituyen fenómenos complejos, cuyo impacto sobre las condiciones de competencia de un mercado no es determinable con carácter general, y mucho menos, en un exámen apriorístico, antes de que la práctica se haya siquiera celebrado. En atención a la dificultad de valoración de estas conductas y a la ambigüedad de sus posibles repercusiones o efectos en la competencia, el control *ex post* –cuando la conducta efectivamente se ha producido y su alcance y efectos son, al menos, más fácilmente aprensibles-, a través del artículo 82 o, en su caso 81, resulta más adecuado que el control *ex ante* mediante la normativa en materia de concentración empresarial.

Brussels”, *cit.*; OSTI/PARDOLESI: “La decisione della Commissione CE sul caso General Electrics/Honeywell”, *cit.*, pp. 320 y ss.; VÖLCKER: “Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control”, *cit.*, pp. 613 y ss

²⁵⁷ Vid. DRAUZ: “Unbundling GE/HONEYWELL: The Assesment of conglomerate mergers under EC Competition Law”, *cit.*, pp. 198 y ss.

CAPÍTULO IV.- EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA (I): EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

“Piaccia o no, la strada economicista imboccata dall’antitrust sembra senza ritorno...”¹”

I. CUESTIONES PREVIAS

Diversos efectos perniciosos o lesivos de la libre competencia han sido asociados a las prácticas de vinculación. El examen de la evolución de la política estadounidense y comunitaria ha puesto de relieve las preocupaciones más habituales respecto del potencial dañino de estas conductas: falseamiento de la competencia sobre la base de los méritos empresariales, exclusión de competidores del mercado del producto vinculado o extensión de posiciones de poder económico entre mercados diferenciados.

Tradicionalmente, el juicio de anticompetitividad de la conducta se ha centrado en los efectos de la misma en el mercado del producto vinculado, desdeñándose o ignorándose sus posibles repercusiones en el mercado del producto principal. Es más, en el ámbito estadounidense, la Escuela de Chicago, instituirá, a efectos de establecer un parámetro de valoración de la anticompetitividad de los *tying agreements*, una distinción entre conductas que maximizan beneficios en el mercado de producto principal y conductas que extienden una situación de poder económico a un mercado diverso, originariamente no afectado por ésta, relegando la intervención *antitrust* sólo al último de los supuestos. Como tendremos ocasión de examinar en este capítulo, la distinción apuntada es arbitraria y

¹ CUCINOTTA: “Il caso Kodak. L’ antitrust del dopo Chicago?”, *Foro italiano*, 1992, p. 85.

carece de justificación, tanto en el Derecho estadounidense² como en el marco de la normativa europea³. Las prácticas de vinculación presuponen la conexión entre mercados diferenciados. El análisis de su potencialidad lesiva de la competencia ha de considerar, necesariamente, los efectos que de las mismas pueden derivarse en ambos mercados. En este sentido, diversos autores han recalcado la importancia de los contratos vinculados como instrumento de refuerzo del poder ya existente en el mercado del producto principal⁴. De hecho, el temor a que la vinculación fuera utilizada con la finalidad de incrementar o explotar poder de mercado horizontal ha motivado, en algunas ocasiones, la prohibición de estas conductas por parte de las autoridades de la competencia⁵. En el ámbito europeo, la Comisión ha reconocido expresamente la posibilidad de que los efectos dañinos de la vinculación se extiendan al mercado del producto principal⁶.

² AUSTIN: “The Individual Coercion Doctrine in Antitrust Analysis...”, *cit.*, p.1170, señala que el derecho *antitrust* estadounidense no es indiferente frente a los modos de explotación del poder de mercado.

³ El argumento de la Escuela de Chicago de que un monopolista puede explotar legítimamente el poder que ostenta es cuestionable en el caso europeo en el que se sancionan junto a los abusos anticompetitivos los abusos de naturaleza o carácter explotativo. Vid., en general, sobre los distintos tipos de conductas abusivas cubiertas por el artículo 82 del Tratado CE: BELLAMY/CHILD: *European Community Law of Competition*, Londres, 2001, pp.720 y ss.; MARENCO: “Le due anime dell’ articolo 86”, *cit.*, pp. 11 y ss.; PELLISÉ CAPELL: *La “explotación abusiva de una posición dominante*, *cit.*, pp. 210 y ss.

⁴ Vid. GRIMES: “The antitrust tying law schism: a critique of Microsoft III and a response to Hilton and Salinger”, 70, ALJ, 2002, p. 208; HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, *cit.*, p. 366; KAPLOW: “Extension of monopoly power through leverage”, 85, *Col.L.Rev.*, 1985, pp. 515 y ss.; NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 13 y ss.; STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 273 y ss.

⁵ Como casos más significativos, cabe destacar, en EE.UU., la sentencia del Juez Jackson en el asunto *Microsoft*, *supra*, (peligro de que la práctica de vinculación reforzara la posición dominante de la empresa en el mercado de sistemas operativos para PC) y, en Europa, tanto la decisión de la Comisión contra Microsoft, *supra*, (riesgo de refuerzo de las barreras de entrada y, por tanto, del poder de dominio en el mercado de sistemas operativos) como, especialmente, el asunto *Tetra Pak II*, *supra*, (las autoridades comunitarias prohibieron las prácticas de vinculación sobre la base de que éstas podían contribuir a mantener o consolidar la posición de dominio de la empresa en los mercados de envasado aséptico).

⁶ Las *Directrices relativas a las restricciones verticales* (párrafo 217) recogen, entre los posibles efectos negativos sobre la competencia de las prácticas de vinculación, el refuerzo de los obstáculos de acceso al mercado tanto del bien vinculado, *como del bien vinculante*, así como la existencia de precios supracompetitivos, sin distinguir si éstos se refieren al producto vinculante o vinculado.

El hecho de que los efectos anticompetitivos se produzcan en uno u otro mercado puede tener trascendencia, principalmente en el ámbito estadounidense, en la determinación de la normativa aplicable. En Europa, el artículo 82 del Tratado CE se limita a sancionar las conductas abusivas cometidas por una empresa en posición dominante, sin especificar el mercado o mercados sobre los que esas conductas deben proyectarse. Ahora bien, de la práctica de la Comisión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que la aplicabilidad de este precepto no exige que la posición dominante, el abuso y los efectos del mismo se limiten a un mismo mercado⁷. Por tanto, una práctica de vinculación estaría cubierta por el artículo 82 si la empresa posee una posición de dominio en el mercado del producto principal o vinculante y la conducta es susceptible de alterar negativamente la competencia en el mercado del producto vinculado. En EE.UU. la norma paralela al artículo 82 vendría a ser la sección 2 de la *Sherman Act*, en la que se contemplan dos tipos de conductas prohibidas. En primer lugar, se sanciona la monopolización de mercados (*monopolization*) y, seguidamente, los intentos o tentativas de monopolización (*attempt to monopolize*). La monopolización se refiere a la utilización de medios o conductas anticompetitivas por parte de una empresa a fin de mantener o reforzar una posición de poder económico preexistente. Con arreglo a la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo, los efectos anticompetitivos han de producirse en el mercado en el que existe la posición de dominio. Por tanto, este precepto sólo resultará aplicable a los contratos vinculados en los casos en que los efectos negativos de la conducta se proyecten en el mercado del producto principal⁸. La segunda modalidad de conductas contemplada en la sección

⁷ Vid. *in extenso*, WHISH: *Competition Law*, cit., pp. 173 y ss.; MATILLA ALEGRE: "Sobre las nociones de posición dominante y abuso de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma", en *Derecho Mercantil de la CEE. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pp. 694 y ss.; SACRISTÁN REPRESA: "Abuso de posición dominante" en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, cit., pp. 309 y ss.; DIÉZ ESTELLA: "La doctrina del abuso en los mercados conexos: del "monopoly leveraging" a las "essential facilities"", 248, RDM, 2003, pp. 555 y ss.

⁸ En el caso Microsoft, las prácticas de vinculación entre el sistema operativo Windows y el Internet Explorer, impuestas por la empresa informática, fueron objeto de examen, tanto con arreglo a la sección 2 como a la sección 1 de la

2 de la Ley Sherman son los intentos de obtención de poder monopolístico en un segundo mercado a través de medios anticompetitivos. En principio, las prácticas de vinculación podrían ser enjuiciadas conforme a esta norma, siempre que se cumplieran los estrictos requisitos de aplicación de la misma establecidos por la jurisprudencia: intento específico de monopolizar, recurso a una conducta predatoria o anticompetitiva y alto grado de probabilidad de obtener una posición monopolística en un mercado definido⁹. Por tanto, el precepto quedaría reservado a aquellas conductas de vinculación cuyo efecto principal e inmediato fuera la formación de una posición dominante en el mercado del producto vinculado.

¿Es posible aplicar la sección 2 de la *Sherman Act* a los casos en los que una empresa que tiene poder en un mercado determinado, se sirve del mismo para obtener una ventaja competitiva en un segundo mercado, incluso aunque no exista un intento de monopolización de éste? Esta conducta consistiría en una concreción de la teoría de la palanca o *leveraging*, entendida en sentido amplio¹⁰ que se refiere a toda utilización de poder económico en un determinado mercado a fin de conseguir una ventaja competitiva en otro. En el caso *United States v. Griffith*¹¹, el Tribunal Supremo parece abrir la puerta a la posibilidad de que una empresa incurra en una violación de la sección 2 de la *Sherman Act*, mediante la utilización de poder de monopolio en un mercado para obtener una ventaja competitiva en otro, incluso aunque no exista intención específica de monopolizar ese

Sherman Act. En el primer caso, la conclusión sobre su anticompetitividad se basó en el posible efecto perjudicial para el desarrollo de una competencia dinámica y de la innovación en el mercado de los sistemas operativos, mientras que la valoración, con arreglo a la sección 1, estaba orientada al examen de los efectos excluyentes de la conducta en el mercado de los navegadores de Internet.

⁹ Sobre la ofensa de tentativa de monopolización, vid. GELLHORN/KOVACIC: *Antitrust Law and Economics*, cit., pp. 153 y ss.; HOVENKAMP: *Antitrust*, cit., pp. 116 y ss.; SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, cit., pp. 314 y ss.

¹⁰ Vid. *infra*. II.A.

¹¹ 334. U.S. 100 (1948). En este caso se consideró que una cadena de teatros, con poder de monopolio y de monopsonio en determinadas ciudades, se había servido del mismo para obtener una ventaja competitiva en otras ciudades en las que debía afrontar la competencia de empresas rivales, todo ello en violación de la sección 2 de la *Sherman Act*.

segundo mercado. Estos principios son acogidos por el Tribunal del Segundo Circuito en el caso *Berkey Photo v. Eastman Kodak*.¹² Ahora bien, esta fórmula ha sido objeto de numerosas críticas y de un paulatino descrédito. Diversas decisiones de los tribunales inferiores han rechazado expresamente este principio. Así, por ejemplo, a las acusaciones de violación de la sección 2 y 1 de la *Sherman Act*, planteadas por el Ministerio de Justicia y las autoridades estatales en el caso Microsoft, se sumó la acusación por parte de los Estados, de que la conducta de la empresa informática constituía una conducta de *leveraging* sancionable con arreglo a la sección 2 de la *Sherman Act*. El Tribunal rechaza esta acusación y reitera que, para apreciar una violación de la sección 2 de la *Sherman Act*, no basta con la obtención de una ventaja competitiva en un mercado diverso de aquél en el que existe la posición dominante, sino que es necesaria la monopolización actual o la existencia de una peligrosa probabilidad de monopolización. Por tanto, la conducta de la empresa no será ilícita si el segundo mercado continúa siendo competitivo. Un razonamiento muy similar fue mantenido por el Tribunal del Noveno Circuito en el caso *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*¹³. Pese a no referirse directamente a esta cuestión, el propio Tribunal Supremo, en el asunto *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*¹⁴, estableció que: “la sección 2 de la *Sherman Act* convierte la conducta unilateral de una empresa en ilícita, sólo si ésta conduce a una monopolización efectiva del mercado o amenaza peligrosamente con hacerlo”. Por tanto, de esta afirmación parece deducirse el abandono, por parte de la más alta autoridad judicial, de los principios sentados en el caso *Berkey*.

La aplicación de la sección 2 de la *Sherman Act* a estas conductas es, por tanto, limitada, lo que explica que, a diferencia del caso europeo, la mayoría de los casos en materia de *tying agreements* hayan sido planteados

¹² 603 F.2d 263 (2d Cir.), *cert.denied*, 444 U.S. 1093 (1980).

¹³ 948 F.2d 536 (9th Cir. 1991).

¹⁴ 506 U.S. 447 (1993).

con arreglo a la sección 1 de la *Sherman Act* o a la sección 3 de la *Clayton Act*¹⁵.

Otra de las principales cuestiones que suscita el análisis de los efectos negativos sobre la competencia de las prácticas de vinculación es la necesidad o no, para la concreción de éstos, de una posición de poder económico en el mercado del producto principal. En principio, este problema no se plantea en los casos en que las conductas vengan examinadas conforme al artículo 82 del Tratado CE o a la sección 2 de la *Sherman Act*, en los que la existencia de una especial posición de poder económico constituye un criterio de aplicabilidad de ambos preceptos y los criterios de determinación de la presencia de ésta se encuentran suficientemente consolidados¹⁶. El asunto reviste una mayor complejidad en los supuestos de enjuiciamiento o valoración de las prácticas con arreglo a la sección 1 de la *Sherman Act*, sección 3 de la *Clayton Act* o artículo 81 del Tratado. ¿Es ineludible la posesión de poder en el mercado del producto principal para poder concluir sobre la anticompetitividad de la conducta? El examen de los parámetros de valoración de los contratos vinculados, tanto en el ámbito *antitrust* estadounidense como europeo, permite, en principio, contestar afirmativamente a esta cuestión. La regla de prohibición *per se* formulada por la jurisprudencia norteamericana para valorar estas conductas, exige como requisito de aplicación, la presencia de poder en el mercado del producto principal¹⁷. En el ámbito europeo, los distintos reglamentos de exenciones por categorías susceptibles de aplicación a los *tying agreements*, fijan determinados umbrales de cuota de mercado, por

¹⁵ El mayor problema que puede plantear la aplicación preferente de estas normas es que éstas vienen necesariamente referidas a acuerdos entre empresas, por lo que si las prácticas de vinculación fueran impuestas a los consumidores finales, los preceptos no serían de aplicación deviniendo necesario recurrir a la sección 2 de la *Sherman Act*.

¹⁶ Vid. un compendio de éstos en RODRÍGUEZ ARTIGAS: “Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia”, *cit.*, pp. 986 y ss.

¹⁷ La prohibición *per se* cualificada de las prácticas de vinculación formulada en el caso *International Salt*, (*cit.*), exige la necesaria concurrencia de cuatro elementos: dos productos diferenciados, vinculación entre ellos, afectación sustancial del volumen de comercio en el mercado del producto vinculado y apreciable poder económico en el mercado del producto principal.

debajo de los cuales se presume la competitividad de la conducta¹⁸. Además, incluso en el supuesto de que se superen esos límites y sea necesario proceder a un análisis individualizado de la compatibilidad o no de la práctica con la normativa sobre la competencia, la Comisión enumera expresamente entre los principales factores que a tal efecto habrán de ser ponderados, la “posición del proveedor en el mercado del producto vinculante”¹⁹. Por tanto, en una primera aproximación, podemos concluir que, al menos cierto grado de poder económico, es preciso para hablar de vinculación anticompetitiva²⁰.

¹⁸ Umbrales de salvaguarda fijados en el 20% de cuota de mercado en el caso de empresas competidoras y en el 30%, para el supuesto de empresas no competidoras (Reglamento acuerdos de transferencia de tecnología), y en el 30% de cuota, tanto en el mercado del producto vinculante como vinculado (Reglamento acuerdos verticales), *supra*.

¹⁹ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafos 219 y ss.

²⁰ En este sentido, se ha pronunciado también la doctrina, vid. BOWMAN: “Tying arrangements and the leverage problem”, *cit.*, pp.19 y ss.; TURNER: “The validity of tying arrangements under the antitrust laws”, *cit.*, pp. 60 y ss.; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, p. 77, defiende la necesidad de un grado, aunque sea mínimo, de poder sobre el mercado del producto vinculante como elemento esencial a una práctica de vinculación anticompetitiva. “...la imposición de la vinculación entre las dos prestaciones diferenciadas presupone necesariamente una situación de fuerza por parte de la empresa que la exige. Más concretamente, es necesario que ésta, de cualquier forma –aunque sea mínima-, ejerza un cierto control sobre las condiciones de oferta del primer bien (producto principal). Si el mercado en el que se negocia este bien fuera perfectamente competitivo, la pretensión de vinculación no tendría éxito, desde el momento en que el adquirente podría obtener, sin ninguna dificultad, el producto deseado de cualquier otro competidor. La empresa que actúa en régimen de competencia perfecta es precio-aceptante ya que no puede influir sobre las condiciones de acceso al bien, que vienen determinadas por el propio mercado (un aumento del precio competitivo es equivalente, en definitiva, a cualquier otro agravio de las condiciones de la oferta –como la intención de subordinar o condicionar la venta a la adquisición de un segundo producto-) y, por tanto, la práctica de vinculación presupone, necesariamente, la existencia de poder sobre el mercado del producto principal”, SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, p. 445: “La vinculación sólo puede afectar a la competencia si el vendedor que la utiliza posee poder en el mercado del producto principal. Un granjero que rechaza vender sus manzanas, a menos que el comprador adquiera también sus peras, obviamente, no puede introducir distorsiones en el mercado. Ningún comprador respondería a esta oferta, a no ser que deseara ambos productos –y en las mismas proporciones ofertadas- y le resultara conveniente adquirirlos de una única fuente. El efecto de la vinculación es, realmente, dificultar al granjero la venta de su fruta, no excluir a competidores en la venta de manzanas o peras de un segmento de potenciales compradores” Vid. especialmente FERGUSON: “Tying arrangements and reciprocity: an economic analysis”, 30, *Law and other contemporary problems*, 1965, p. 564, quién, de hecho, insiste en que el único factor que ha de ser ponderado a efectos de determinar la incidencia competitiva de una práctica de vinculación es la presencia de poder horizontal en el mercado del producto principal o vinculante.

Afirmada la exigencia de poder de mercado, la siguiente cuestión que se suscita es el grado de poder requerido, ya que, en principio, el concepto de poder de mercado es susceptible de abarcar un amplio espectro de situaciones, desde una mínima diferenciación de los productos respecto de los de los competidores hasta el control monopolístico de la oferta de un bien o servicio²¹. La cualificación del poder económico preciso no ha tenido una trayectoria uniforme, de hecho constituye uno de los problemas fundamentales que la doctrina y las autoridades en materia de competencia han de afrontar en la valoración de las prácticas de vinculación. Las fluctuaciones en la determinación del alcance de este elemento de responsabilidad resultan especialmente evidentes en la jurisprudencia estadounidense. En el caso *Fortner Enterprises v. United States Steel (Fortner I)*²², el Tribunal Supremo reconoció que el poder económico requerido a efectos de aplicación de la sección 1 de la *Sherman Act* o de la sección 3 de la *Clayton Act*, no se identificaba con el poder necesario para desencadenar la prohibición de la sección 2 de la *Sherman Act*²³. Ahora bien, en el examen de este requisito se han sucedido posiciones interpretativas muy diversas, que utilizan como parámetro de valoración de la existencia del poder económico exigido, desde la naturaleza del producto principal hasta la posición en el mercado del bien que ocupa la empresa demandada. Así, en ocasiones, se ha deducido la presencia de este requisito de la propia existencia de las prácticas de vinculación²⁴ o de la mera titularidad de una patente u otro derecho de propiedad intelectual sobre el producto principal²⁵. En otras decisiones se exige simplemente que el producto vinculante se halle, de alguna forma, diferenciado a ojos de los

²¹ Vid.: CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauseS”, *cit.*, p. 77; GENNARO: “I profili concorrenziali del franchise tying”, *cit.*, pp. 254 y ss.

²² 349 U.S. 495 (1969).

²³ Afirmación reiterada por el juez JACKSON en el caso *Microsoft*: “El requisito de poder económico apreciable es menos estricto que el de poder monopolístico”.

²⁴ *Fortner Enterprises v. United States Steel (Fortner I)*, *cit.*

²⁵ Vid., *ad. ex.*, *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936); *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947); *United States v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38 (1962).

consumidores (singularidad o *uniqueness*)²⁶. Finalmente, los últimos pronunciamientos reflejan un análisis económico más riguroso, que exige la delimitación del mercado relevante atendiendo, no sólo a la cuota de mercado de la empresa demandada, sino también al grado de concentración relativo del mercado y a la presencia o no en el mismo, de barreras de entrada²⁷.

Esta diversidad de criterios es paralela a la distinta configuración de la naturaleza del ilícito competitivo a lo largo del tiempo. El grado de poder de mercado requerido como elemento de responsabilidad dependerá de que se entienda, en cada momento o periodo, como efecto lesivo de la competencia²⁸. Así, a etapas en que la concreción del daño a la competencia se determina en base a nociones de equidad, de lealtad o justicia en el funcionamiento del proceso competitivo, corresponde una interpretación amplia del requisito poder de mercado. Por el contrario, la progresiva modulación del daño a la competencia en atención a los efectos reales de las conductas empresariales, ya sea en la estructura o resultado de los mercados afectados, irá acompañada de una interpretación cada vez más estricta de la exigencia de poder económico²⁹.

²⁶ *Fortner Entreprises v. United States Steel (Fortner I)*, *cit.*

²⁷ Vid. *ad. ex.*, *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 446 U.S. 2 (1984); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, 504 U.S. 451 (1992) y la delimitación de mercados y la apreciación de posición de poder realizada en los distintos pronunciamientos en el caso *Microsoft*. La División Antitrust del Ministerio de Justicia en sus Directrices relativas a las restricciones verticales (*Guidelines for Vertical Restraints*), párrafo 5.3, ha reflejado su voluntad de no perseguir una práctica de vinculación en los casos en que la cuota de la empresa en el mercado del producto principal sea igual o inferior a un 30%.

Para una exposición sintética de la evolución de la interpretación judicial del requisito de poder en el mercado del producto principal, vid. POSNER: *Antitrust Law*, 2001, pp.197 y ss.

²⁸ Como señala FOX: “What’s harm to competition?..”, *cit.*, p. 208: “Las definiciones tienen un contenido cultural y normativo. El concepto de lesión a la competencia no es puro, científico y absoluto”.

²⁹ Vid., en este sentido, BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule”, *cit.*; CRASWELL: “Tying requirements in competitive markets: the consumer protection issues”, 62, 3, BULR, 1982, p. 670; SINGER: “Market power and tying arrangements”, 8, Ant. Bull., 1963, pp. 445 y ss.

El objetivo de este capítulo es el examen de los posibles efectos anticompetitivos que pueden derivarse de los contratos vinculados, tanto en el mercado del producto vinculado como en el del producto vinculante. A tal efecto, se distinguen dos grandes bloques. En el primero de ellos se examina el posible impacto de la vinculación en el mercado del producto vinculado, tanto sobre su estructura y resultado, como sobre los principios informadores de la lucha competitiva en el mismo, así como la valoración o respuesta que, en cada uno de estos casos, cabe esperar desde el Derecho antimonopolio. A continuación, son objeto de análisis las eventuales repercusiones de la conducta en el mercado del producto principal. Es necesario precisar que la distinción entre ambos tipos de efectos –utilizada a efectos de sistematización y claridad expositiva– no siempre se presenta de forma nítida. Una práctica de vinculación puede extender su ámbito de alcance o repercusión a ambos mercados. Así, por ejemplo, los contratos vinculados pueden ser utilizados como instrumento de articulación de una política de precios discriminatoria. En estos casos, se trata generalmente de maximizar los beneficios o conseguir un mejor aprovechamiento de una posición de poder en el mercado del producto principal que se instrumenta mediante una subida del precio del producto vinculado³⁰.

El análisis propuesto de la potencialidad lesiva de estas conductas parte de la naturaleza cambiante del ilícito competitivo tanto a lo largo del tiempo –de modo que determinadas preocupaciones tradicionalmente asociadas a las prácticas de vinculación, han perdido parte de su trascendencia en la actualidad–, como en las distintas jurisdicciones. El examen comparado de los sistemas *antitrust* estadounidense y comunitario europeo pone de manifiesto la existencia de divergencias en la conformación del concepto de lesión a la competencia, divergencias que tuvimos ocasión de resaltar en otros apartados de este trabajo³¹ y que influyen, necesariamente, en la valoración de las conductas de vinculación desde la óptica del Derecho de la libre competencia.

³⁰ Sobre los contratos vinculados como modalidad de discriminación en los precios, vid. *infra*, III. C.

³¹ Vid. *supra*, Capítulo I.

II. EFECTOS EN EL MERCADO DEL PRODUCTO VINCULADO

A) ALCANCE Y ACEPCIONES DE LA TEORÍA DE LA PALANCA O LEVERAGE

La teoría del apalancamiento, de la palanca o *leverage theory* constituye el centro de gravitación de gran parte de las controversias que suscita la valoración de las prácticas de vinculación desde el Derecho de la libre competencia. Esta teoría, surgida en el ámbito estadounidense, encuentra su paralelo o equivalente en el sistema europeo en la doctrina del abuso en mercados conexos³². La idea del *leverage* ha sido tradicional y mayoritariamente identificada con la tesis de que, determinadas prácticas empresariales son explicadas –o utilizadas- como instrumento de extensión del poder de monopolio de un mercado a otro. Una empresa con poder en un mercado determinado se sirve de determinadas prácticas, a modo de “palanca”, a fin de obtener un poder económico nuevo en un mercado distinto al de partida. Esta teoría se utiliza en la valoración *antitrust* de numerosas prácticas empresariales³³, si bien una de sus manifestaciones más significativas la constituye, precisamente, las prácticas de vinculación. Las cláusulas de vinculación servirían o posibilitarían al monopolista de un determinado bien (el producto principal) la consecución de un segundo monopolio respecto del bien (producto vinculado) cuya adquisición impone a los clientes que solicitan el primero de los productos.

³² Vid. DIÉZ ESTELLA: “La doctrina del abuso en los mercados conexos”, *cit.*

³³ La teoría del *leverage* ha sido utilizada como instrumento analítico en el ámbito de la integración vertical o los acuerdos de exclusiva. DIEZ ESTELLA examina su aplicabilidad en el terreno de las políticas discriminatorias de precios y de la negativa o contratar. Vid. DIÉZ ESTELLA: “La doctrina del abuso en los mercados conexos”, *cit.*, pp. 578 y ss. Así mismo, en el ámbito europeo, como tuvimos ocasión de examinar anteriormente, el *leverage* ha constituido el núcleo del análisis de la anticompetitividad de determinadas concentraciones conglomerales, como, por ejemplo, *Tetra Laval/Sidel (cit.)* y *GE/Honeywell. (cit.)*. Vid. VÖLCKER: “Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control”, *cit.*, pp. 581 y ss.

Este concepto tradicional de *leverage* se centra en la extensión de poder monopolístico de un mercado a otro; efecto necesario de las prácticas es, por tanto, la creación de una posición de poder económico en un mercado en él que ésta no existía con anterioridad. En EE.UU. encontramos las primeras aplicaciones de esta tesis en el ámbito de las prácticas de vinculación, en determinados supuestos en los que el titular de una patente sobre un producto condicionaba su venta o licencia a la obligatoria adquisición de un segundo producto, no patentado. Así, en *Motion Pictures Patents v. Universal Film Co.*³⁴, en el marco de un proceso por infracción del derecho de patente, el Tribunal Supremo declaró la ilicitud de estas cláusulas de vinculación sobre la base de que, a través de las mismas, se buscaba la extensión ilícita del monopolio otorgado por la patente a otros productos no amparados por ella.

Este concepto de *leverage* es acogido también por diversos autores, tanto en el ámbito estadounidense como europeo. Así, POSNER afirma que la objeción tradicional frente a las prácticas de vinculación ha sido que “estas posibilitan a una empresa, con poder de monopolio en un determinado mercado, la obtención de un segundo monopolio en un mercado diferenciado”³⁵. BOWMAN³⁶ y BORK³⁷ también utilizan el término en el sentido de establecimiento de un nuevo o segundo monopolio. En esta misma línea, FESTA observa que el principal temor suscitado por las prácticas de vinculación ha sido, tradicionalmente, que la empresa demandada pudiera extender el monopolio en el mercado del producto principal al mercado del producto vinculado³⁸. La existencia del *leverage* se hace depender del efecto de las cláusulas de vinculación en los niveles de

³⁴ 243 U.S. 502 (1917).

³⁵ POSNER: *Antitrust Law*, 1 ed., *cit.*, p. 171.

³⁶ BOWMAN: “Tying arrangements and the leverage problem”, *cit.*, pp.19 y ss.

³⁷ BORK: *The Antitrust Paradox*, *cit.*, pp. 365 y ss.

³⁸ FESTA: “*Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.: The Decline and Fall of the Chicago Empire?*”, *cit.*, p. 643.

producción del bien vinculado³⁹. Esta versión restrictiva de la teoría del *leverage* o apalancamiento constituirá el punto de base de las críticas de la Escuela de Chicago frente a la política tradicional de las autoridades de la competencia y del Tribunal Supremo ante las prácticas de vinculación. Como tendremos ocasión de examinar detenidamente en próximos apartados, el núcleo de estas críticas se centrará en la imposibilidad –o, al menos, en la dificultad– para una empresa dominante de crear nuevas posiciones de poder de mercado a través de prácticas de vinculación y, en consecuencia, se negará la posibilidad de funcionamiento real del *leverage* así concebido y, por extensión, la anticompetitividad de la conducta.

Ahora bien, la que acabamos de exponer no es la única acepción de la idea del *leverage*. Diversos autores dotan de un contenido mucho más amplio a la figura, que no se ciñe a la obtención necesaria de poder de monopolio en un segundo mercado. Así, TURNER y AREEDA, al examinar la aplicabilidad de esta teoría a los contratos vinculados la definen como “la capacidad de un productor de inducir a su cliente respecto de un determinado producto a la obtención de un segundo bien, que no hubiera sido adquirido exclusivamente en atención a sus méritos o características”⁴⁰.

En realidad, la propia ambigüedad del término, y la posibilidad de que al mismo se le dote de diversos significados, que le confieran un mayor o menor alcance, no es más que el reflejo de la existencia de una pluralidad de concepciones sobre los objetivos del Derecho de la libre competencia y sobre la naturaleza del ilícito competitivo⁴¹. CUCINOTTA propone un concepto amplio de *leveraging* en el que encuentran cabida los distintos significados o interpretaciones atribuidas al término y que consiste en que,

³⁹ En este mismo sentido, NALEBUFF (DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, p.19) limita el concepto de *leverage* a aquellos supuestos en que las prácticas de vinculación conducen a un incremento inmediato de los beneficios empresariales.

⁴⁰ AREEDA/TURNER: *Antitrust Law*, Boston-Toronto, 1978, p. 202.

⁴¹ En este sentido, vid. BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule...”, *cit.*, pp. 1235 y ss.; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, p. 78; PEARSON: “Tying arrangements and the antitrust policy”, *cit.* pp. 626 y ss.

a través de determinadas conductas –como una práctica de vinculación–, una empresa puede utilizar su poder en el mercado de un determinado bien para conseguir una ventaja competitiva en el mercado de un bien distinto⁴².

Esta noción permite cubrir todos aquellos supuestos en los que, a través de la cláusula de vinculación, se afecte al desarrollo de la competencia en el mercado del producto vinculado. Afectación que puede tener menor o mayor intensidad, englobando, desde un mero falseamiento de la competencia sobre la base de los méritos empresariales –con independencia de que se modifique la estructura o el funcionamiento del mercado del producto vinculado–, a la alteración de la estructura competitiva de éste, mediante la exclusión de competidores actuales o la erección de barreras de entrada que impidan u obstaculicen el desarrollo de la competencia potencial o, incluso, en su manifestación más intensa, la creación inmediata de posiciones de poder de mercado que se traduzcan en la fijación de precios supracompetitivos⁴³.

El objeto de los siguientes apartados es el análisis individualizado de cada uno de estos posibles efectos de las cláusulas de vinculación sobre el desarrollo de la competencia en el mercado del producto vinculado.

Un efecto predicable de la generalidad de las prácticas de vinculación es la vulneración del principio, con arreglo al cual, el desarrollo de la lucha competitiva ha de realizarse sobre la base de los méritos empresariales. Principio que se ve afectado desde el momento en que la adquisición del producto vinculado no se realiza en atención al precio o las cualidades del

⁴² CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, p. 79. En este sentido, fue utilizado el concepto de *leverage*, por el Tribunal Supremo en el caso *Griffith*, *cit.*

⁴³ MARKOVITS (“Tie-ins, Reciprocity and the Leverage Theory”, 2, *Yale Law Journal*, 1970, p. 198), recoge dos interpretaciones de la teoría del *leverage* o abuso en mercados conexos. La primera se refiere a la extensión del poder económico de un mercado a otro (única considerada relevante por el autor a efectos de aplicación de la normativa *antitrust*). La segunda interpretación se basa en principios de lealtad en el ejercicio de las transacciones comerciales (*unfair competition version*), con arreglo a la cual, los contratos vinculados poseen el potencial de colocar a los competidores en el mercado del producto vinculado, en una situación de desventaja en sus relaciones comerciales, independientemente de su eventual incidencia en la asignación eficiente de los recursos.

mismo, sino que viene determinada por el deseo de obtención de un bien diverso, el producto principal. Tradicionalmente, el Derecho *antitrust* ha estado orientado a la prevención de este tipo de efectos, incluyendo, dentro de sus objetivos, consideraciones ajenas al impacto real de una conducta sobre las condiciones de mercado. De hecho, la salvaguarda de la lealtad o justicia en el desarrollo de las transacciones comerciales está presente en numerosos pronunciamientos condenatorios de cláusulas de vinculación. Ahora bien, en la actualidad este objetivo ha perdido gran parte de su relevancia, tanto en el ámbito estadounidense como en el europeo, a favor de una configuración del daño a la competencia estructurada, prioritariamente, en torno a las consecuencias económicas efectivas de una práctica empresarial.

Un efecto atribuible a los *tying arrangements* que, en cierto modo, constituye el extremo opuesto de la proposición anterior, es la creación de poder en el mercado del producto vinculado. La lesión se despliega o evidencia directa e inmediatamente en los resultados (*performance*) del mercado, al traducirse, por definición, las posiciones de poder, en una alteración de los niveles de producción y precios⁴⁴. La represión de este tipo de efectos constituye un objetivo incuestionable del Derecho de la libre competencia. Objetivo que, en algunos ordenamientos –o al menos, para amplios sectores doctrinales–, asume carácter exclusivo. La conformación del Derecho *antitrust* en clave económica o, más concretamente, eficientística, determina la limitación de su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que el efecto de una conducta sea necesariamente la reducción de la eficiencia en la asignación de recursos, mediante la creación o refuerzo de posiciones de poder de mercado. Desde esta perspectiva se analizarán tanto las tesis de la Escuela de Chicago, que van a criticar enardecidamente la posibilidad de que las prácticas de vinculación puedan

⁴⁴ Sobre la relación entre poder de mercado y precios, vid. el desarrollo de los modelos de competencia imperfecta, *supra*, Capítulo I.II.C.2, 2.2. Nos limitamos a recordar en este momento, una célebre frase de ADAM SMITH al respecto. “Los monopolistas, al tener infraabastecido siempre al mercado... venden sus mercancías a un precio muy superior al natural y elevan sus emolumentos, consistentes éstos en salarios o beneficios”. ADAM SMITH: *La riqueza de las naciones*.

permitir a la empresa la adquisición de nuevo poder de mercado, como los planteamientos post-Chicago que, utilizando modelos de análisis más dinámicos y relajando determinadas presunciones manejadas por la Escuela de Chicago sobre el funcionamiento de los mercados, identificarán determinadas situaciones en las que no cabe descartar ese efecto.

Por último, será objeto de análisis el eventual impacto de estas prácticas empresariales en la estructura del mercado del producto vinculado y la valoración que, tanto en Europa como en EE.UU., merecen aquellas conductas empresariales de potencial excluyente pero cuyos efectos sobre los niveles de precios o producción no se deducen de forma inmediata o evidente.

B) FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA SOBRE LA BASE DE LOS MÉRITOS EMPRESARIALES. COERCIÓN O REDUCCIÓN DE LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LOS COMPRADORES

Una empresa que posee poder en un determinado mercado puede, mediante el contrato vinculado, falsear la competencia en un mercado distinto. Esta alteración o falseamiento se produce como consecuencia de la perturbación introducida por las cláusulas de vinculación en las reglas de la lucha competencial en el mercado del producto vinculado. La competencia representa una pugna entre empresas por colocar sus bienes o servicios en el mercado, por intentar captar el mayor número de clientes posibles. Lucha, cuyo resultado, en un sistema de economía de mercado, es fruto de la libre elección de los consumidores quiénes tomarán sus decisiones adquisitivas en atención al precio o calidad de los bienes ofertados o a las condiciones de transacción.

La empresa que se encuentra en posición de condicionar esta elección en un determinado mercado, puede abusar de su poder y,

utilizando el *tie-in* como palanca, falsear las reglas de la competencia en el mercado de un bien diverso. La competencia se *falsea* porque ya no se desarrolla en atención a los respectivos méritos de las empresas concurrentes. Los consumidores se verán obligados a adquirir el producto vinculado no porque éste sea de mejor calidad o su precio sea más conveniente respecto al precio ofrecido por los competidores, si no porque, de lo contrario, no podrían acceder al producto principal. Consecuentemente, los competidores serán excluidos de segmentos de este mercado, sin que ese cierre obedezca a las virtudes o defectos de sus productos⁴⁵.

Este efecto de las prácticas de vinculación puede ser presentado desde otra perspectiva, centrada, no en los competidores excluidos, sino en los consumidores o clientes a los que se les imponen las cláusulas de vinculación. En este sentido, una de las principales objeciones frente a los contratos vinculados ha sido la limitación de la libertad de elección de los clientes de la empresa que recurre a los mismos. El *tie-in* implica una coerción frente al comprador, desde el momento en que se le obliga a adquirir un determinado producto, que éste podría preferir obtener de otras fuentes o, incluso, no adquirir en absoluto. El núcleo de la crítica lo constituye, por tanto, no que se infrinja un daño al mercado o a los competidores, sino la injusticia que se comete frente a los compradores del producto, al distorsionar éstas cláusulas la formación de su juicio independiente sobre los bienes o servicios que desean obtener. Ambos intereses –protección de la competencia sobre la base de los méritos

⁴⁵ SLAWSON señala cómo la ruptura del principio “meritocrático” en el desarrollo de la lucha concurrencial, genera lesiones, tanto de carácter económico como éticas. En primer lugar, las prácticas vinculadas tienen el efecto de debilitar la tendencia de la competencia hacia un abaratamiento de los precios y una mejora de la calidad de los bienes y servicios ofertados en el mercado, así como hacia el castigo –y eventual exclusión del mercado- de las empresas que suministran productos de inferior calidad. Además, la competencia deviene menos justa, ya que las empresas que hayan actuado especialmente bien o mal, se ven inadecuadamente recompensadas o sancionadas, dependiendo de si éstas se encuentran compitiendo en el mercado del producto vinculado o disfrutando de los beneficios y ventajas de las prácticas de vinculación. El autor considera que la injusticia no se manifiesta exclusivamente en el plano de los beneficios económicos, sino que es susceptible de lesionar otros intereses –como la autoestima, la consideración social, la seguridad financiera, etc.- vinculados al ejercicio de actividades empresariales. SLAWSON: “Excluding competition without monopoly power”, *cit.*, pp. 487 y ss.

empresariales y tutela de la libertad de acción de clientes y consumidores-, en numerosas ocasiones sólo pueden ser separados conceptualmente. Ahora bien, la distinción puede tener cierta trascendencia práctica, en la concreción de los elementos de responsabilidad ya que, por ejemplo, el poder de mercado de la empresa que recurre al *tie-in* que se debería exigir si la prohibición de los contratos vinculados viniera establecida en el exclusivo interés de los consumidores, sería sustancialmente mayor que el necesario para alterar las condiciones de la competencia entre las empresas que ofrecen el producto vinculado⁴⁶.

Con arreglo a estas premisas, la represión de las prácticas de vinculación vendría a justificarse en la necesidad de proteger la regularidad de las condiciones conforme a las cuales se desarrolla la lucha concurrencial en el mercado del producto vinculado. La lealtad o justicia en las transacciones comerciales se configura como un objetivo digno de protección en sí mismo considerado, al margen de la existencia de lesiones ulteriores en la estructura o resultados del mercado afectado. El Derecho *antitrust*, por tanto, asumiría como misión la sanción de estas conductas, con independencia de que la imposición de estas restricciones le permita o no a la empresa el refuerzo o extensión de su poder económico. La prohibición de los contratos vinculados alcanzaría necesariamente, con arreglo a estos principios, un alcance amplísimo. Dado que la mayoría de estas conductas serían susceptibles de incidir en el interés tutelado, prácticamente todas ellas serían objeto de prohibición *per se*, sin necesidad de análisis más profundos.

El Derecho *antitrust* ha asumido tradicionalmente como competencia específica la garantía de un proceso competitivo articulado en atención a los méritos de los productos o servicios ofrecidos por los distintos agentes económicos⁴⁷. Objetivo que ha estado muy presente, al menos en etapas iniciales, en la política frente a las prácticas de vinculación, tanto en el ámbito americano como en el europeo.

⁴⁶ Vid. AUSTIN: "The Individual Coercion Doctrine in Antitrust Analysis...", *cit.*, p. 1177; CUCINOTTA: "Il regime monopolistico delle tying clauses", *cit.*, p. 95, nota 36.

⁴⁷ Vid. *supra*, Capítulo I.II.B.2.

En EE.UU., prácticamente hasta la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises Inc. (Fortner II)*⁴⁸, la racionalidad subyacente a la prohibición *per se* –y a la interpretación judicial restrictiva de sus elementos–, era, precisamente, la protección de la competencia sobre la base de los méritos empresariales, discutida en ocasiones por el Tribunal Supremo, en términos de ingerencia en la libertad de elección de los compradores⁴⁹.

En *FTC v. Brown Shoe Co.*⁵⁰, el Tribunal Supremo afirmó que: “(...) los contratos vinculados fuerzan al cliente a adquirir un producto o servicio que no desea necesariamente, a fin de poder asegurarse otro que sí quiere”. En *United States v. Loew’s Inc.*⁵¹ se reconoció expresamente que “los contratos vinculados constituyen una preocupación competitiva... ya que constriñen a los consumidores a abandonar la compra de sustitutos del producto vinculado”. Este mismo razonamiento está presente en los célebres casos, *Northern Pacific Railway Co. v. United States*⁵², en el que se recogen como principales efectos anticompetitivos de estas prácticas: la restricción de la competencia sobre la base de los méritos empresariales en el mercado del producto vinculado y la eliminación de la libertad de elección de los compradores y *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*⁵³. En esta última sentencia, se contiene la siguiente reflexión sobre los efectos anticompetitivos de las prácticas de vinculación: “Los *tie-in agreements* desacatan abiertamente la política nuclear de la *Sherman Act* con arreglo a la cual la competencia debe gobernar las transacciones en el mercado. Un requisito esencial del presupuesto de que un sistema de economía de libre mercado es el más idóneo para la promoción del bienestar social, es que los

⁴⁸ 429 U.S. 610 (1977).

⁴⁹ Vid. CRASWELL: “Tying requirements in competitive markets: the consumer protection issues”, *cit.*, p. 671.

⁵⁰ 384 U.S. 316, (1966)

⁵¹ 371 U.S. 38 (1962)

⁵² 356 U.S. 1(1958).

⁵³ 345 U.S. 594 (1953).

productos y servicios afronten el examen frío y objetivo de la competencia. El público, actuando a través del juicio impersonal del mercado, orientará la asignación de los recursos de la nación y, por tanto, marcará las líneas directrices del desarrollo económico subsiguiente. Ahora bien, prácticamente la única finalidad de los contratos vinculados es la supresión de la competencia. Al condicionar la venta de una mercancía a la adquisición obligatoria de una segunda, el vendedor impone al comprador la abdicación de su juicio independiente sobre los méritos del producto vinculado y le aísla de la presión competitiva del mercado abierto. (...) El efecto en los competidores respecto del producto vinculado es igualmente drástico: en la medida en que la empresa que recurre a la práctica de vinculación posea poder de mercado, otros competidores, actuales o potenciales, se ven privados de la posibilidad de someter sus productos al libre juicio de la competencia; se les excluye efectivamente del mercado”.

Los tribunales inferiores se harán eco de estas orientaciones del Tribunal Supremo. En *Bogosian v. Gulf Oil Corp.*⁵⁴ el Tribunal del Tercer Circuito reconduce el objetivo de la norma prohibitiva de las prácticas de vinculación a “la necesidad de asegurar que la elección del comprador venga determinada en exclusiva por su valoración de los méritos del producto vinculado, de tal forma que una empresa con poder en el mercado del producto principal, no obtenga una ventaja artificial respecto de los competidores en el mercado del producto vinculado”. En *Photovest Corp. v. Fotomat Corp.*⁵⁵ el Tribunal del Séptimo Circuito identifica la potencialidad lesiva de estas conductas con la exclusión de los competidores en el mercado del producto vinculado y con la privación a los compradores de los beneficios de la compra en el mercado, como la posibilidad de elección entre distintas fuentes⁵⁶.

⁵⁴ 561, F.2d 434 (3d Cir. 1977), *cert.denied*, 434 U.S. 1086 (1978)

⁵⁵ 606 F.2d. 704 (7th Cir. 1979), *cert.denied*, 100 S.Ct. 1278 (1980)

⁵⁶ Vid. en este mismo sentido, *Carpa Inc. v. Ward Foods, Inc.*, 536 F.2d 39 (5th Cir.1976) y *The Associated Press v. Taft-Ingalls Corp.*, 340 F.2d 753 (6th Cir. 1965). En este último caso, Times, un periódico contrató con la empresa Associated Press (AP) el servicio de prestación de teletipos, en concreto, un grupo de cuatro teletipos distintos. Posteriormente, para reducir costes, Times manifestó su deseo de conservar sólo uno de los teletipos, propuesta que fue rechazada por AP. Pese a

La política seguida en la interpretación y conformación del alcance de los elementos desencadenantes de la prohibición *per se*, es perfectamente coherente con las preocupaciones manifestadas.

El análisis de uno de los casos paradigmáticos en materia de prácticas de vinculación, *International Salt*, pone de manifiesto como las preocupaciones sobre el posible *leverage* que pudieran ocasionar las cláusulas de vinculación impuestas por la empresa como condición de arrendamiento de su maquinaria, estaban enfocadas a la restricción de la competencia meritocrática y no a la alteración de las condiciones estructurales del mercado del producto vinculado –sal-. En este caso, los contratos vinculados contenían “cláusulas de alineación”⁵⁷ que obligaban a *International Salt* a aplicar a los consumidores cualquier precio más ventajoso para el producto ligado que existiera en el mercado. A través de estos acuerdos, la empresa no buscaba obtener beneficios extraordinarios en el mercado del producto vinculado. La cláusula excluía, en principio, la posibilidad de un aumento del precio del producto vinculado con respecto a los valores de mercado. La clientela de *International Salt* que había arrendado sus máquinas no pagaría por la sal más de lo que habría gastado en ausencia de la cláusula vinculante. Pese a ello, el Tribunal Supremo condenó este contrato, con arreglo al siguiente razonamiento: “La cláusula de alineación ofrece, indudablemente, determinada protección al arrendatario, pero no elimina el efecto perjudicial del acuerdo sobre la

ello, *Times* mantuvo el contrato pero se negó a pagar por los servicios, por lo que fue demandado por AP por incumplimiento de contrato. *Times* alegó que el contrato era nulo, por constituir un contrato vinculado ilícito con arreglo a las leyes en materia de libre competencia. El tribunal así lo reconoció, centrándose sobre todo en el elemento de coerción. Esta sentencia es severamente criticada por PEARSON (“Tying arrangements and Antitrust Policy, *cit.*, pp. 629 y ss.) quien considera que no existía más coerción en este caso que la que resultaba de la apetecibilidad del producto ofrecido por AP para el periódico, lo que le colocaba en una situación de cierta superioridad en la negociación de las condiciones contractuales.

⁵⁷ Las cláusulas de alienación, también denominadas cláusulas de competencia o cláusulas inglesas, son comunes en los contratos de aprovisionamiento exclusivo o en los acuerdos que prevén descuentos de fidelidad. Con arreglo a las mismas, se estipula que, si el cliente consigue de la competencia una oferta más favorable que la de su cliente, puede pedir a éste alinearse con tal oferta y que, en caso de negativa, puede abastecerse de dicho competidor sin infringir su compromiso de compra exclusiva y sin perder el beneficio de los descuentos previstos para el resto de sus compras con el contratante. Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo II, cit.*, p.756.

competencia. International Salt mantendrá en todo caso, una situación de privilegio en el mercado, a precios iguales. La única posibilidad para un competidor de ganar cuota de mercado sería una reducción de sus precios por debajo de los de la empresa demandada, mientras que a ésta le basta igualar sus precios a los de las empresas rivales para mantener su posición en el mercado...”.

Las cláusulas de vinculación conferirían a International Salt una ventaja sobre las empresas rivales en el mercado de la sal que estaba injustificada en términos concurrenciales. Esta ventaja era exclusivamente imputable a una condición de privilegio, el control de la oferta de los bienes instrumentales que la empresa poseía en un mercado distinto. La empresa conseguirá vender la sal, excluyendo a los adversarios, sin necesidad de competir con sus ofertas en una lucha competitiva normal, en la que prevalecería la empresa que ofreciera el producto más económico o de mejor calidad.

En International Salt se establece, por vez primera, una prohibición *per se* de los contratos vinculados, que se desencadena en presencia de cuatro requisitos. Dos de ellos tienen naturaleza sustantiva, estando destinados a identificar el tipo de conducta prohibida: existencia de dos productos diferenciados y vinculación o unión forzosa entre ellos. El resto constituyen elementos de responsabilidad, de los que se hace depender la anticompetitividad de la conducta: poder económico apreciable en el mercado de producto principal y afectación de un volumen sustancial de comercio en el mercado del producto vinculado.

Estos dos parámetros de responsabilidad serán objeto de una progresiva interpretación extensiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a fin de adecuarlos al objetivo manifestado de tutela de un procedimiento competitivo no falseado.

A partir de *Northern Pacific*, el requisito de poder en el mercado del producto principal irá siendo paulatinamente suavizado, llegando a

considerarse satisfecho en los casos en los que existiera una mera distintibilidad de los productos o servicios⁵⁸.

No obstante, la manifestación más evidente de que la política primera en materia de prácticas de vinculación estaba estructurada al margen de consideraciones económicas, la encontramos en la interpretación dada por el Tribunal Supremo al requisito de afectación del comercio en el mercado del producto vinculado. La concreción del mismo y, por tanto, la anticompetitividad de la conducta se hace depender, no del porcentaje de mercado del que resultan efectivamente excluidos los competidores – examen necesario si el riesgo anticompetitivo se identificara con la alteración de la estructura competitiva del mercado–, sino de la superación de una cifra de volumen de negocios que, a juicio de los tribunales, pueda ser considerada, en términos monetarios, significativa o relevante. La interpretación realizada por el Tribunal Supremo de los elementos de la regla de prohibición *per se* extendía la ilegalidad a numerosas prácticas de vinculación que no constituían una amenaza real para el funcionamiento o resultados del mercado del producto vinculado⁵⁹.

En conclusión, la objeción tradicional del Tribunal Supremo frente al efecto de exclusión resultante de los contratos vinculados no tenía naturaleza estructural. Más bien, el Tribunal había asumido en su análisis que la prevención de la exclusión injustificada de competidores era un valor autónomo, merecedor de protección en sí mismo considerado, independientemente de consecuencias económicas posteriores, en concreto,

⁵⁸ Vid. *supra*, II. A.

⁵⁹ BAKER (“The Supreme Court and the Per Se Tying Rule:...”, *cit.*, p. 1245) ilustra la trascendencia práctica de este parámetro analítico mediante el siguiente ejemplo. “Si uno, entre mil compradores, aceptara la vinculación, las empresas competidoras, al menos durante un cierto tiempo, no podrían considerarlo como cliente potencial. Se produciría una exclusión de los rivales, por tanto, respecto del segmento de mercado representado por ese comprador concreto. Si el valor monetario representado por esa adquisición fuera, a juicio de los magistrados, considerado no trivial o relevante, la práctica debería ser prohibida, con independencia de la existencia de otros 999 compradores a los que podría dirigirse la oferta de las empresas competidoras”.

de los eventuales efectos perniciosos de la exclusión en el precio, cantidad o calidad de los productos o servicios⁶⁰.

En el ámbito europeo, en la valoración inicial de estas conductas empresariales, se reflejan análogas preocupaciones. Así, en el caso *Hilti*, la Comisión Europea insiste en el carácter abusivo de las prácticas de vinculación, al privar a los consumidores de su derecho a elegir libremente las fuentes de adquisición de los productos o servicios que desean.

La práctica de las autoridades comunitarias revela una actitud escéptica frente a estas conductas, que se manifiesta en una prohibición prácticamente *per se* de las mismas, sin una valoración o análisis minucioso de su impacto real en las condiciones estructurales o resultado de los mercados. La política inicial europea en materia de prácticas de vinculación parece orientada a la protección de intereses diversos de los puramente económicos, desde el momento en que, en ocasiones, son objeto de condena conductas, realizadas por pequeñas o medianas empresas, cuya capacidad de alteración real de las estructuras de mercado es prácticamente nula⁶¹ o la sanción se atribuye de forma automática, sin una delimitación previa del mercado del producto vinculado y, por tanto, sin una evaluación de la incidencia de las conductas en su estructura competitiva o en su desarrollo⁶².

La protección de la competencia sobre la base de los méritos empresariales como principal elemento configurador o informador de la política en materia de contratos vinculados, será cuestionada por la generalidad de la doctrina⁶³, reclamándose un análisis más riguroso desde

⁶⁰ Vid. DIRECTOR/LEVI: "Law and the future: Trade regulation", 51, *Northwestern University Law Review*, 1956, pp. 293 y ss.

⁶¹ Vid. *ad.ex.*, Asunto *Vaessen Moris*, Decisión de la Comisión de 10 de enero de 1979, Asunto IV/C-29.290.

⁶² Vid. *ad.ex.*, Asunto *London European/Sabena*, Decisión de la Comisión de 4 de noviembre de 1988, IV/32.318.

⁶³ No obstante, algunos autores, consideran que éste es un interés especialmente digno de protección que justifica la condena de los contratos vinculados, incluso en ausencia de otros efectos lesivos de la competencia. Vid. *ad.ex.* BAUER: "A

el punto de vista económico, en el que se ponderen los efectos reales de las prácticas en el mercado. Ataques que revisten distinta intensidad. Desde las posiciones de la Escuela de Chicago que, en sus manifestaciones más extremas, proclaman la procompetitividad general de estas conductas, hasta posturas más moderadas, que defienden un examen más sólido desde una perspectiva económica, en el que se baremen los eventuales efectos pro y anticompetitivos de las prácticas, a fin de evitar la sanción automática de conductas eficientes⁶⁴.

La lealtad en el ejercicio de las transacciones comerciales ha ido perdiendo paulatinamente relevancia como objetivo específico del Derecho *antitrust*. La concreción del ilícito competitivo demanda la necesidad de que los efectos de las prácticas empresariales, en este caso, de los contratos vinculados, se extiendan además a la estructura o resultados del mercado. Este cambio de orientación es predicable tanto del Derecho de la competencia estadounidense como del comunitario europeo, si bien es especialmente acusado en el primero.

La recepción de los principios de la Escuela de Chicago en la década de los ochenta, marca un nuevo rumbo en la conformación de la lesión competitiva. El caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*⁶⁵ constituye, tal vez, el punto de inflexión en la política antitrust estadounidense, en cuanto en él, el Tribunal Supremo acoge, de forma expresa, una orientación claramente economicista del Derecho de la libre competencia. Diversos autores han recalcado como tras *Sylvania*, la autonomía o libertad de elección de los compradores deja de ser un objetivo específico del Derecho

simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 288 y ss. y, especialmente, SLAWSON: “A new concept of competition: Re-analyzing tie-in doctrine after Hyde”, *cit.*, pp. 257 y ss.; IDEM: “A stronger, simpler tie-in doctrine”, *cit.*, pp. 671 y ss.; IDEM: “Excluding competition without monopoly power: the use of tying arrangements to explote market failures”, *cit.*, pp. 457 y ss.

⁶⁴ Vid. *ad.ex.*, BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule”, *cit.*, pp. 1268 y ss.; BALDWIN/McFARLAND: “Tying Arrangements in Law and Economics”, 8, *Ant.Bull.*, 1963, pp.768 y ss.; BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 283 y ss.; BISHOP/WALKER: *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, 2002, pp. 209 y ss.; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 71 y ss.

⁶⁵ 433 U.S. 36 (1977).

*antitrust*⁶⁶. El efecto anticompetitivo va a identificarse, como regla general, con la alteración de los niveles de producción o precios en un mercado definido. El hecho de que un comprador se vea obligado o forzado a adquirir un producto no deseado, no constituye, aisladamente considerado, prueba suficiente de la anticompetitividad de una conducta⁶⁷.

En Europa, las Directrices en materia de restricciones verticales no enumeran, entre los efectos anticompetitivos asociados a las prácticas de vinculación, la limitación de la libertad de elección de los compradores o el falseamiento de la competencia. A diferencia de la línea general defendida actualmente en el Derecho estadounidense, la restricción de la producción – *i.e.*, la existencia de precios supracompetitivos- no constituye el único criterio de valoración de la anticompetitividad de la conducta. La exclusión injustificada de competidores del mercado, entendiéndose por injustificada aquella no derivada de los superiores méritos empresariales, continúa siendo, un interés protegido expresamente en el Derecho europeo⁶⁸. Ahora bien, lo que sí se exige es que esa exclusión tenga cierta entidad en términos cuantitativos. No cualquier exclusión conformaría los parámetros prohibidos, es preciso que ésta tenga un impacto real en las condiciones estructurales de los mercados considerados⁶⁹, impacto cuya consistencia y determinación será objeto de análisis en apartados posteriores de este trabajo, concretamente, en el marco de la valoración de la exclusión de competidores como efecto anticompetitivo principal de las prácticas de vinculación.

⁶⁶ Vid. BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule...”, *cit.*, pp. 1261 y ss.; STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.* p.284. nota 112.

⁶⁷ Vid. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, *cit.*, p. 366; BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, p. 289.

⁶⁸ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 217.

⁶⁹ Vid. EILMANSBERGER: “How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anticompetitive abuses”, 42, CMLR, 2005, pp. 144- 145.

En conclusión, conductas susceptibles de falsear la competencia, impidiendo que el proceso competitivo se desarrolle sobre la base de los méritos o cualidades de las empresas que en él participan, quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la libre competencia, si no tienen además una traducción o reflejo efectivo en el mercado. El mercado funciona así, como un parámetro de determinación de la aplicabilidad del Derecho *antitrust* y marca las competencias y relaciones con un sector del ordenamiento jurídico estrechamente relacionado: la normativa en materia de competencia desleal. Tal y como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA entre ambos sectores existe una relación de complementariedad. “La competencia desleal llega donde la legislación *antitrust* no alcanza, a las pequeñas y medianas empresas incapaces de falsear con sus comportamientos gravemente las estructuras competitivas del mercado”⁷⁰. En un sentido similar, FONT GALÁN y MIRANDA SERRANO⁷¹ califican el ilícito desleal como un “claro y típico ilícito de conducta y el ilícito *antitrust* como un “claro y típico ilícito de resultado”⁷².

⁷⁰ Vid. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, cit., p. 277.

⁷¹ Vid. FONT GALÁN/MIRANDA SERRANO: “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales” en AA.VV.: *Estudios de Derecho de la competencia*, coords. FONT GALÁN/PINO ABAD, Madrid-Barcelona, 2005, p. 20.

⁷² Ahora bien, ni las relaciones entre competencia desleal y libre competencia, ni, en consecuencia, el campo de actuación de cada uno de los sectores jurídicos encargados de su tutela, resulta una cuestión pacífica. Existe un debate doctrinal abierto sobre la necesidad de mantener la separación entre ilícito *antitrust* e ilícito desleal, dado el carácter borroso que, en ocasiones, presentan las fronteras entre ambas figuras. Sobre las relaciones entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico, vid. en nuestra doctrina, especialmente: PAZ ARES: “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista al ilícito *antitrust* (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)”, 159, RDM, 1981, pp. 7 y ss.; TRONCOSO y REIGADA: “El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia *antitrust* (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)”, en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor A. Menéndez*, Tomo I, Madrid, 1996, pp. 1035 y ss.; DIÉZ ESTELLA: “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”, GJC, 2002, n° 219, pp. 11 y ss.; FONT GALÁN/MIRANDA SERRANO: “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales”, cit., pp. 11 y ss.

C) EXTENSIÓN DEL PODER DE MERCADO EN EL PRODUCTO PRINCIPAL AL MERCADO DEL PRODUCTO VINCULADO: (OUTPUTRESTRICTION O PRECIOS SUPRACOMPETITIVOS)

1. Panorámica

Las prácticas de vinculación pueden producir también otro tipo de lesiones sobre la competencia en el mercado del producto vinculado. Concretamente, un temor tradicional suscitado por estas conductas es que, a través de las mismas, se pueda imponer a los consumidores o clientes del producto vinculado precios supracompetitivos o, diversamente formulado, que estas prácticas puedan ocasionar restricciones artificiales de la producción en el mercado del producto vinculado.

Esta preocupación obedece al razonamiento informador de la teoría del *leverage* en su acepción más restrictiva. Los contratos vinculados pueden ser utilizados como palanca para extender la posición de poder económico en el mercado del producto principal, a un mercado distinto, originariamente no afectado por ésta: el mercado del producto vinculado. El juicio de anticompetitividad estaría enfocado a la explotación de los compradores que resultaría de esta doble posición de poder. Creando dos monopolios⁷³ dónde, con anterioridad, sólo existía uno, el vendedor puede ganar un doble beneficio monopolístico y obligar a los consumidores a pagar aún más por los productos sujetos a vinculación⁷⁴.

⁷³ El término monopolio no es utilizado, en este capítulo, en su acepción económica estricta, de control absoluto de la oferta de un bien o servicio, sino como sinónimo de tenencia de una posición de poder en el mercado, es decir, de una especial situación de fuerza de la empresa que le permite controlar el precio o la cantidad de sus productos.

⁷⁴ En este sentido, es analizada por BOWMAN (“Tying arrangements and the leverage problem”, *cit.*, p. 20), la teoría del *leverage*: “El término *leverage* describe la creación de un segundo o nuevo monopolio. Por tanto, la concreción del *leverage* depende del efecto de la práctica de vinculación en los niveles de producción u oferta del producto vinculado... La prueba de que la práctica no ha producido una

Tanto en el sistema estadounidense como en el comunitario europeo se reconoce, de forma incuestionable, la anticompetitividad de este efecto. La sanción de conductas susceptibles de conducir a una alteración negativa de los niveles de producción o precios de un mercado definido, es plenamente coherente con la faceta económica del Derecho de la libre competencia. Una de las virtudes atribuibles a un sistema de mercado funcionando en régimen de libre competencia es que conduce a una asignación eficiente –o, al menos, lo más eficiente posible-, de los recursos escasos⁷⁵, de ahí que, a través de la intervención normativa pública, se intente evitar actuaciones de los agentes económicos que, de forma inmediata y directa, obstaculicen la consecución de ese objetivo⁷⁶.

Ya tuvimos ocasión de examinar detenidamente en otros apartados de este trabajo, la importancia que en EE.UU., fundamentalmente a partir de la década de los setenta y los estudios de la Escuela de Chicago, adquirirá la eficiencia económica dentro del abanico de intereses tutelado por el Derecho *antitrust* y la progresiva reorientación de éste a la protección de los intereses de los consumidores frente a incrementos en los precios resultantes de conductas anticompetitivas generadoras de posiciones de poder en el mercado⁷⁷.

Por lo que al Derecho europeo se refiere, pese a que en el Tratado de la CE no se determine qué cabe entender por restricción de la competencia, los ejemplos de conductas restrictivas contenidos tanto en el artículo 81 como en el artículo 82, proporcionan importantes indicios al respecto. Como ejemplos de abuso de posición de dominante, se hace referencia a la imposición de precios no equitativos y a la limitación de la producción en perjuicio de los consumidores. En el mismo sentido, el artículo 81 enumera

reducción en los niveles de producción del producto vinculador, constituye una prueba de que ningún monopolio ha sido creado”.

⁷⁵ Vid. *supra*, Capítulo I. II.C.2, 2.1.

⁷⁶ Sobre como, la restricción de la producción –equivalente de poder de control de la oferta- conduce a situaciones ineficientes, vid. *supra*, Capítulo I.II.C.2,2.2.

⁷⁷ Vid. *supra*, Capítulo I.I, II.B, II.C.3.,3.1.

como posible acuerdo colusorio, la fijación directa o indirecta de los precios de compra o venta (artículo 81.a) y la limitación o control de la producción (artículo 81.b). La alteración inmediata y directa de los resultados del mercado, mediante restricciones de la producción o incremento de los precios, constituye, en ambos casos, un supuesto claro de anticompetitividad. Es más, por lo que respecta a las prácticas de vinculación, la Comisión en sus Directrices en materia de restricciones verticales, señala, específicamente, entre los posibles efectos anticompetitivos de estas conductas la elevación de los precios por encima de niveles competitivos⁷⁸, lesión que se considera de tal entidad que no puede ser contrarrestada o compensada en atención a eventuales justificaciones empresariales⁷⁹.

Por tanto, a diferencia de la lesión de la competencia sobre la base de los méritos empresariales o la limitación de la libertad de los clientes, en relación con este eventual efecto de las prácticas de vinculación, los principales problemas interpretativos no versan sobre la “legitimidad” de la intervención normativa represora. Las conductas susceptibles de incidir directa y negativamente en la asignación de los recursos económicos, mediante la formación de posiciones de poder de mercado, con la subsiguiente subida de los precios, constituyen ilícitos competitivos y, como tales, han de ser perseguidos y sancionados.

Esto no significa que, en relación con este efecto de los contratos vinculados, no se susciten polémicas o problemas interpretativos. En primer lugar, es necesario precisar las circunstancias o factores que determinan en la práctica, la concreción de la lesión competitiva. Numerosas investigaciones doctrinales, principalmente a partir de los años

⁷⁸ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 217 y párrafo 107, en el que, dentro del análisis de los posibles efectos sobre la competencia que pueden derivarse de los acuerdos comprendidos dentro del grupo de “marca única” (acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo concreto de producto en un único proveedor), se señala expresamente que: “en caso de vinculación, puede ocurrir que el comprador pague por el producto vinculado un precio más elevado del que se pagaría de otro modo”.

⁷⁹ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 223: “El efecto de los precios supracompetitivos se considera en sí mismo anticompetitivo”.

sesenta, se orientarán al examen de la viabilidad de que una práctica de vinculación pueda conducir a la creación de posiciones de poder en el mercado del producto vinculado. Entre las contribuciones más relevantes, cabe destacar los estudios de DIRECTOR, continuados y profundizados por su discípulo BOWMAN, así como por otros miembros destacados de la Escuela de Chicago. En general, esta escuela de pensamiento mantiene una actitud claramente escéptica frente a la posibilidad de que este tipo de conductas empresariales desemboque en un incremento de los precios del producto vinculado. Partiendo de la imposibilidad de funcionamiento real del *leverage*, defienden –utilizando la teoría neoclásica de los precios como modelo analítico– que estas prácticas empresariales, tradicionalmente consideradas por los tribunales, como instrumentos de extensión del poder de monopolio de un mercado a otro son, en realidad, técnicas empresariales benignas o, incluso, eficientes, por medio de las cuales las empresas se limitan a maximizar sus beneficios en atención a las condiciones de mercado a las que tienen que enfrentarse. Estudios posteriores, relajando o incluyendo determinadas matizaciones, en las presunciones básicas utilizadas por la Escuela de Chicago para fundamentar sus conclusiones, identificarán diversas situaciones en las que la extensión de poder entre mercados es racional y posible desde un punto de vista económico. Como tendremos ocasión de examinar seguidamente, la Comisión Europea, acoge estas últimas concepciones, alejándose de las tesis de Chicago sobre la irracionalidad económica del *leverage* e identificando una serie de escenarios en los que es razonable augurar que la vinculación conduzca a precios supracompetitivos.

En segundo lugar, si bien la naturaleza anticompetitiva del efecto de los precios supracompetitivos o las restricciones de la producción es innegable y acogida de forma unánime en las distintas jurisdicciones, el consenso desaparece en el momento de determinar si este efecto agota el concepto de lesión o daño a la competencia o, por el contrario, éste comprende también determinadas restricciones que afectan al desenvolvimiento del proceso competitivo o a la estructura de los mercados y que no se traducen de forma obvia e inmediata en una alteración de los niveles de producción o precios en un mercado definido.

En principio, en EE.UU. se ha adoptado el criterio de la restricción de la producción (*output restriction*) como parámetro único de valoración de la anticompetitividad de una conducta empresarial. Desde una concepción del Derecho *antitrust* en clave eficientista, se defiende la limitación de su ámbito sancionador a las conductas susceptibles de incrementar o reforzar posiciones de poder en el mercado. Si una práctica empresarial, en este caso, una práctica de vinculación, no conduce a la restricción de la producción o a una subida de los precios⁸⁰, -extremo que habrá de ser probado por el demandante- se presume eficiente y, por tanto, lícita. Las conductas eficientes dañan necesariamente a las empresas rivales, de ahí que su prohibición no podría considerarse una manifestación tuitiva de la competencia, sino única y exclusivamente de empresas competidoras menos eficientes. Pese a que este parámetro es, desde los años ochenta, el generalmente admitido⁸¹, en ocasiones, a fin de atemperar su rigor, el Tribunal Supremo ha recurrido a una interpretación extensiva del concepto de “restricción de la producción” que le permite afirmar la anticompetitividad de la práctica en situaciones que no hubieran recibido esa calificación con arreglo a las posiciones más ortodoxas⁸².

⁸⁰ En principio, las diferencias fundamentales entre la Escuela de Chicago, y las corrientes económicas posteriores, generalmente agrupadas bajo la referencia general de Escuela Post-Chicago, no radican en la finalidad atribuida por cada una de ellas al Derecho de defensa de la competencia. Ambas comparten una visión económica del mismo, con arreglo a la cual, sólo las transacciones ineficientes – identificadas con arreglo al criterio de la restricción de la producción- han de ser sancionadas. Ahora bien, los instrumentos analíticos utilizados por una u otra para determinar en que casos es posible que una práctica empresarial conduzca a una restricción de la producción en un mercado relevante, difieren. Mientras la Escuela de Chicago se apoya en modelos estáticos y en determinadas presunciones sobre el funcionamiento de los mercados, la segunda recurre a instrumentos analíticos dinámicos, cuestionando además la solidez de las presunciones utilizadas por los miembros de la Escuela de Chicago.

⁸¹ Diversos casos de los tribunales inferiores se separan de este parámetro de anticompetitividad y si bien, generalmente, tienden a ser corregidos en apelación, existen importantes pronunciamientos de los Tribunales de Circuito cuyo fallo se encuentra muy alejado de la filosofía informadora del criterio de la restricción de la producción. Vid. *ad.ex*, el razonamiento contenido en la reciente sentencia *3M v. Le Page's*, analizado en apartados anteriores de este trabajo. Vid. *supra*, Capítulo III, II. B.2.

⁸² Vid. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, 504 U.S. 451 (1992); *Toys “R” us, Inc. v. FTC*, 221 F.3d 428 (7th Cir. 2000).

A diferencia de lo que ocurre en el sistema estadounidense, en Europa se reconoce de forma expresa que el concepto de daño a la competencia no se agota en los casos de restricciones artificiales de la producción o subidas de precios. La introducción de distorsiones en el funcionamiento del proceso competitivo o la modificación de las estructuras de mercado, pueden ser consideradas anticompetitivas, aunque estos efectos no se vean acompañados de una lesión directa e inmediata de los consumidores. Afirmación que se ve explícitamente corroborada en materia de vinculación, ya que la Comisión Europea incluye, como posibles efectos anticompetitivos de los contratos vinculados, no sólo la existencia de precios supracompetitivos –de hecho, éste ni siquiera se considera el efecto lesivo principal-, sino también y, prioritariamente, la posible exclusión en el mercado del bien vinculado y el refuerzo de los obstáculos de acceso al mismo⁸³. Diferencias entre el sistema europeo y estadounidense que han tenido su plasmación práctica, dando lugar a pronunciamientos enfrentados sobre la competitividad de una misma conducta –o de conductas con estructuras fácticas idénticas o análogas-, siendo quizás, el ejemplo más evidente, la valoración de las prácticas de vinculación imputadas al gigante informático Microsoft, a uno y otro lado del Atlántico.

2. Posición de la Escuela de Chicago: irracionalidad económica del *leverage*

Los primeros intentos de analizar la plausibilidad económica del *leverage*, entendido en su acepción de instrumento de extensión de poder de mercado, pueden reconducirse a las tesis y trabajos de DIRECTOR en los años cincuenta⁸⁴, tesis que serán completadas y desarrolladas por sus

⁸³ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafos 217 y ss.

⁸⁴ Pese a que la mayoría de las ideas de DIRECTOR fueron expuestas de forma oral, tal y como señala uno de sus discípulos más destacados, Richard POSNER (“The Chicago School of Antitrust Analysis”, *cit.*, p. 926, nota 1), en un trabajo de mediados de los años cincuenta, DIRECTOR en colaboración con LEVI condensa las líneas fundamentales de su concepción de los objetivos del Derecho *antitrust* y del método analítico de determinación de la eventual anticompetitividad de una conducta, haciendo especial hincapié en la irracionalidad económica que supone, a

discípulos, miembros integrantes de la Escuela de Chicago, destacando las aportaciones de BOWMAN⁸⁵, BORK⁸⁶ y POSNER⁸⁷. Ya hemos señalado en apartados anteriores de este trabajo como, fundamentalmente a partir de los años setenta, los autores adscritos a esta escuela de pensamiento someterán a revisión crítica la política *antitrust*, mantenida tanto por las agencias administrativas como, principalmente, por el Tribunal Supremo, frente a determinadas conductas empresariales, a fin de examinar la solidez de la misma desde un punto de vista económico, acorde con la nueva –y exclusiva– orientación eficientística atribuida a las normas de la competencia. Utilizando como instrumento analítico la teoría neoclásica de los precios y desde una confianza en la capacidad autocorrectora de los mercados, determinadas políticas tradicionales serán duramente cuestionadas, entre ellas, la prohibición de las prácticas de vinculación⁸⁸. Ciñendo el concepto de lesión a la competencia a la creación o refuerzo de poder de mercado⁸⁹, examinarán la plausibilidad, desde un punto de vista económico, de que a través de los contratos vinculados puedan originarse nuevas posiciones de poder en el mercado del producto vinculado. Acogen,

su juicio, la prohibición de las prácticas de vinculación. Vid. DIRECTOR/LEVI: “Law and the future: Trade regulation”, *cit.*

⁸⁵ Vid. BOWMAN: “Tying arrangements and the leverage problem”, *cit.*, pp.19 y ss.; BORK/BOWMAN: “The crisis in antitrust”, 65, Col.L.Rev., 1965, pp. 363 y ss.

⁸⁶ Vid. BORK: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, *cit.*; IDEM: “Vertical Integration and the Sherman Act: the legal history of an economic misconception”, 22, University of Chicago Law Review, 1957, pp. 157 y ss.

⁸⁷ POSNER: “The antitrust laws”, en *Economic Analysis of Law*, Boston, 1977, pp. 211 y ss.; IDEM: “The Chicago School of Antitrust Analysis”, 127, U.P.A.L.R., 1979, pp. 925 y ss.; IDEM: *Antitrust Law*, en sus dos ediciones, la de 1976 y la de 2001; IDEM: *Antitrust. Cases. Economic Notes and other material*, St.Paul, Minn. 1974.

⁸⁸ Las prácticas de vinculación, junto con la fijación de precios de reventa (*resale price maintenance*) y los precios predatorios constituyen los pilares en los que se apoya la revisión crítica de la política *antitrust* tradicional. La Escuela de Chicago defenderá una nueva orientación y valoración de los posibles riesgos anticompetitivos asociados a estas prácticas empresariales. Conductas tradicionalmente objeto de severa persecución, serán presentadas como inocuas o, incluso, beneficiosas desde el punto de vista de la competencia.

⁸⁹ Vid., sobre los principales rasgos de esta escuela de pensamiento, *supra*, Capítulo I.I.

por tanto, la teoría del *leverage* en su acepción más restrictiva⁹⁰, tildando la preocupación anticompetitiva usualmente vinculada a estas conductas empresariales de infundada e irracional⁹¹.

El análisis de las prácticas de vinculación se enmarca dentro del escepticismo general mostrado por la Escuela de Chicago frente a la posibilidad de que, de conductas unilaterales, incluso aunque sean realizadas por empresas en posición dominante, se deriven efectos anticompetitivos. En principio, las empresas con poder de mercado, tienen dos opciones respecto a la explotación del mismo. Explotarlo directamente a través de su política de precios, o bien intentar un aprovechamiento indirecto mediante determinadas prácticas restrictivas. Se plantea la necesidad de opción. No es posible aprovechar al máximo el poder de mercado sobre los precios y, al mismo tiempo, sin reducirlos, obtener beneficio de restricciones ulteriores impuestas a los contratantes⁹².

⁹⁰ Este concepto de *leverage* no es coincidente, como hemos tenido ocasión de examinar en el apartado anterior, con el manejado por los tribunales de justicia. La preocupación tradicional frente a estas conductas se reconducía a su capacidad para falsear la competencia en el mercado del producto vinculado, alterando el principio de desarrollo de la lucha competitiva sobre la base de los méritos empresariales, con independencia de que la práctica condujera o no a la formación de nuevas posiciones de poder económico. No obstante, el ejercicio de interpretación económica realizado por la Escuela de Chicago, reviste una gran trascendencia en la actualidad, ya que el Derecho de defensa de la competencia ha sido objeto de una progresiva redefinición en torno a parámetros o criterios económicos. La creación o refuerzo de posiciones de poder en el mercado constituye actualmente un importante e indiscutible efecto anticompetitivo, de ahí la importancia de la utilización del análisis económico a fin de dotar de coherencia y solidez al juicio de anticompetitividad, identificando las circunstancias o factores que propician o, en su caso, obstaculizan o impiden, la concreción de ese efecto en la práctica.

⁹¹ Vid. BORK: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, cit., p. 368. "... La teoría que postula que los contratos vinculados constituyen una amenaza desde el punto de vista de la competencia es totalmente irracional...", p. 372, "No existe ninguna teoría viable con arreglo a la cual pueda afirmarse que los contratos vinculados causan un perjuicio a la competencia", p. 381, "La ley en este terreno carece de justificación y, de hecho, está provocando en realidad un daño a los consumidores".

⁹² Estas conductas restrictivas generan costes, su finalidad es sólo el aprovechamiento más completo del poder de mercado ya disponible y no un crecimiento o extensión del mismo. Las empresas no pueden, por regla general, obtener o incrementar su poder de mercado a través de actuaciones individuales a menos que estén irracionalmente dispuestas a sustituir beneficios por posición o

Descansando en esta idea central, se realiza el análisis de Chicago de las prácticas de vinculación o *tying arrangements*. Una empresa, con determinado poder en el mercado de un producto, puede, a la hora de fijar su política de precios, perseguir dos objetivos diversos. En primer lugar, incluso un monopolista puede encontrar dificultades para extraer todo el potencial beneficio monopolístico de su producto, por lo que querrá ajustar sus técnicas de *marketing* para aprovechar o maximizar ese beneficio. Además, es posible que quiera utilizar ese poder para obtener, no sólo la totalidad del beneficio de ese producto, sino como palanca o instrumento para conseguir determinados beneficios en un mercado distinto. Los contratos vinculados pueden, en principio, ser utilizados para ambas finalidades. Si son utilizados para la consecución del primer objetivo, el contrato vinculado se considera un instrumento para la maximización de beneficios (*revenue maximizing device*). En caso de que se utilice para la expansión del poder de mercado, se habla del contrato vinculado como instrumento de creación de monopolio (*monopoly creating device*).

Esta distinción entre conductas empresariales que se limitan a permitir a la empresa un mejor aprovechamiento del poder de mercado ya existente y conductas dirigidas, por el contrario, a obtener o crear nuevo poder de mercado, constituye el punto de partida de la política defendida por Chicago frente a las prácticas de vinculación.

La distinción, con arreglo a esta escuela, posee enorme relevancia práctica, ya que, sólo en el segundo caso los contratos vinculados serán vistos como una potencial amenaza competitiva. En el caso de que las prácticas de vinculación constituyan meros instrumentos de maximización del poder económico ya existente, la intervención *antitrust* sería precisa únicamente si ese poder originario no ha sido legítimamente adquirido, intervención que, en todo caso, no habría de proyectarse sobre la conducta empresarial, si no sobre la propia situación estructural del mercado.

tamaño. Vid. POSNER: "The Chicago School of Antitrust Analysis", *cit.*, pp. 928 y ss.

¿Qué posibilidades reales existen de que a través de un contrato vinculado se consiga la obtención de nuevo poder de mercado? DIRECTOR apunta ya en su trabajo que la vinculación entre productos no es un método racional de obtención de una segunda fuente de beneficios monopolísticos, ya que cualquier incremento del precio del producto vinculado traerá consigo una reducción del precio que el comprador está dispuesto a pagar por el producto principal⁹³. Idea desarrollada por BOWMAN, quien elaborará el argumento de la suma fija (*fixed-sum theory*), con arreglo al cual se afirma que para un monopolista no puede ser remunerativa la adquisición de poder de mercado sobre un segundo bien, en el sentido de que el conjunto de beneficios extras que le permite realizar su poder de mercado corresponde a una suma fija, que puede ser diversamente distribuida entre los precios de los productos cuya adquisición se vincula, pero que no puede ser aumentada en su conjunto mediante el recurso a la vinculación. Por medio del *tying arrangement* no es posible crear nuevo poder de mercado. El poder del monopolista no aumenta extendiéndose de un mercado a otro, puede sólo dividirse, permitiendo al monopolista la obtención de mayores beneficios en el mercado del producto vinculado, pero obligándole a reducir de forma equivalente los obtenidos en el mercado del producto principal⁹⁴.

Según los autores adscritos a esta escuela, al obligar al comprador a aceptar el producto vinculado además del producto vinculante, el vendedor no puede obtener un beneficio mayor que el que conseguiría si vendiera ambos productos por separado a precios que le permitieran maximizar su ganancia en cada uno de ellos. En efecto, todo incremento del precio de uno de los productos por encima del precio que maximiza el beneficio para ese producto llevaría, si no se compensara por una disminución del precio del otro producto por debajo del nivel que maximiza el beneficio, a que los dos productos, conjuntamente considerados, se vendieran a un precio superior al que permitiría maximizar las ganancias que resultarían para el vendedor de una venta separada. Es decir, si una empresa tiene un monopolio sobre

⁹³ Vid. DIRECTOR/LEVI: "Law and the future: Trade regulation", pp. 290 y ss.

⁹⁴ Vid. BOWMAN: "Tying arrangements and the leverage problem", *cit.* p. 23.

un producto y no sobre otro, no podrá obtener mayor beneficio vendiendo los dos productos conjuntamente que vendiéndolos por separado⁹⁵. Estos autores concluyen de ello que el vendedor de un producto no sometido a competencia no tiene ningún interés en subordinar la venta de ese producto a la de un producto sometido a competencia. La vinculación no permite acumular un doble beneficio monopolístico. Económicamente, la teoría del *leverage* –según esta escuela– carece de fundamento, ya que los precios monopolísticos se determinan en el nivel final del producto y, para cada producto final, existe un único precio de maximización de beneficios. Es decir, el precio (monopolístico) del producto principal ha sido establecido teniendo en consideración el precio en el mercado del producto vinculado⁹⁶. Esto es así porque para el consumidor que está interesado en el producto o servicio final, por el cual está dispuesto a gastar una determinada suma, es totalmente indiferente el modo en el que el precio se distribuya entre los distintos componentes y el monopolista, que no puede influir en la demanda ni modificar el coste del servicio, no puede tampoco incrementar sus beneficios mediante la simple táctica de obligar al consumidor a

⁹⁵ Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo II, cit.*, p. 805.

⁹⁶ Vid. HOVENKAMP: *Antitrust, cit.*, p. 152. El autor ilustra su razonamiento con arreglo al siguiente ejemplo: Imaginemos que tuercas y tornillos son utilizados por los consumidores en pares (una tuerca y un tornillo). Una empresa posee poder monopolístico en el mercado de las tuercas, pero no en el de los tornillos que son vendidos en un mercado competitivo. El coste de las tuercas es de 10 unidades monetarias (también sería su precio competitivo, ya que representa el punto en el que el coste marginal es igual al precio), pero se venden en el mercado por 16 unidades monetarias que es el precio de maximización de beneficios del monopolista (punto en el que el ingreso marginal es igual al precio). El coste de los tornillos es de 7 unidades monetarias, que es también su precio de mercado. Supongamos ahora que el monopolista decidiera vincular la venta de tuercas a la adquisición necesaria de tornillos a fin de poder incrementar o conseguir beneficios adicionales. Cualquier persona que quiera comprar una tuerca tiene que adquirir necesariamente un tornillo. ¿Cuál sería el precio de maximización de beneficios del paquete tuerca-tornillo? La respuesta es, claramente, 23 unidades monetarias, 16 por la tuerca y 7 por el tornillo. Esto es así porque el cálculo por parte del monopolista del precio de maximización de beneficios de las tuercas ha sido fijado teniendo en cuenta el hecho de que los consumidores estaban comprando tornillos por 7 unidades monetarias. Alguien que compra tuercas y tornillos es, generalmente indiferente, respecto de la forma en que el precio se divida entre ambos productos. Atribuirá un incremento del precio de paquete tanto a las tuercas como a los tornillos. El poder de monopolio sobre uno solo de los bienes (tuercas o tornillos) equivale al poder de monopolio sobre ambos, desde el punto de vista de los potenciales beneficios extraíbles.

adquirir conjuntamente las distintas prestaciones o bienes que integran el producto o servicio final, variando el precio de la forma más remunerativa⁹⁷.

El examen del siguiente ejemplo, tomado de POSNER, permite clarificar el razonamiento expuesto⁹⁸. La teoría del *leverage* postula que, si una empresa posee poder en el mercado de un determinado producto, puede servirse del mismo para obligar al comprador a adquirir un segundo bien –complemento indispensable del primero–, obteniendo beneficios monopolísticos a su vez en ese segundo mercado. Por ejemplo, una empresa que posea poder en el mercado de las fotocopiadoras como consecuencia de la titularidad de una patente sobre un determinado equipo mimeográfico, podría utilizar ese poder para fijar condiciones de arrendamiento de la máquina a precios monopolísticos y, además, obligar a sus arrendatarios a adquirir también la tinta que habrá de ser utilizada con ese equipo, cobrando por la misma precios monopolísticos. La teoría de la suma fija rechaza esa posibilidad, sobre la base de su irracionalidad desde un punto de vista económico. Imaginemos que el coste por minuto de utilización de la máquina sea de dos unidades monetarias, correspondientes a una unidad monetaria por utilización de la máquina más otra unidad monetaria

⁹⁷ Este planteamiento inicial defendido por BOWMAN y DIRECTOR no era presentado de forma absoluta, ambos autores reconocen que, en presencia de determinados factores o circunstancias, el *leverage*, en su acepción restrictiva, puede funcionar. Matizaciones en el análisis que serán abandonadas en estudios posteriores de desarrollo de las tesis iniciales de DIRECTOR y BOWMAN. Así, los miembros más incondicionales o intransigentes de la Escuela (los conocidos como “*die-hard chicagoans*”) como, por ejemplo, BORK (“Vertical Integration and the Sherman Act: the legal history of an economic misconception”, *cit.*, pp. 157 y ss.; *The Antitrust Paradox, cit*) rechazan toda posibilidad de extensión del poder de monopolio a través de una práctica de vinculación. Negación presente también en numerosos sectores doctrinales, no adscritos formalmente a esta corriente de pensamiento, vid. *ad.ex.* BUTLER/LANE/PHILIPS: “The Futility of Antitrust attacks on tie-in sales: an economic and legal analysis”, 36, *Hasting Law Journal*, 1984, pp. 173 y ss.; MARKOVITS: “Tie-ins and Reciprocity: A Functional, Legal and Policy Analysis”, 8, *Tex. L. Rev.*, 1980, pp. 1363 y ss.; IDEM: “Tie-ins, Reciprocity and the Leverage Theory”, 2, *Yale Law Journal*, 1970, pp. 195 y ss.; IDEM: “Tie-ins, Reciprocity and the Leverage Theory”, 76, *Yale Law Journal*, 1967, pp. 1397 y ss.; BAYS: “Balancing the benefits and costs of the tying prohibition”, 28 *ABLJ*, 1990-1991, pp.161 y ss.; IDEM: “Tying arrangements should be per se legal”, 26, *ABLJ*, 1988, pp. 625 y ss.

⁹⁸ El ejemplo ha sido tomado de POSNER: “The Chicago School of Antitrust Analysis”, *cit.*, p. 929 y completado con arreglo al razonamiento desarrollado por CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, p. 86.

correspondiente a la cantidad de tinta necesaria durante un minuto de servicio. Supongamos que para prestaciones de esta duración sea de cuatro unidades monetarias el precio que maximiza los beneficios de la empresa que ostenta el monopolio de todo el servicio de reproducción, es decir, el monopolio tanto del equipo mimeográfico como de la tinta. La empresa que desea la maximización de beneficios, podrá elegir entre tres diversas soluciones de comercialización del servicio (junto a una serie de posibilidades intermedias): arrendar la máquina a cuatro unidades monetarias el minuto, ofreciendo gratuitamente la tinta necesaria; alquilar el equipo por tres unidades monetarias y vender la tinta a su precio de coste (una unidad monetaria) o, finalmente, consentir la utilización gratuita de la máquina, solicitando, no obstante, cuatro unidades monetarias por la tinta. En las tres hipótesis, el consumidor paga el mismo precio por la tinta y la utilización de la máquina (cuatro unidades monetarias) y la empresa obtiene el mismo beneficio (dos unidades monetarias). De ello se deduce fácilmente que una empresa que posee un monopolio en uno solo de los mercados implicados, por ejemplo, en el mercado de los equipos mimeográficos, no obtendría ningún beneficio adicional de la eventual monopolización del mercado de la tinta. Si ésta fuera objeto de venta en un mercado competitivo, a precio de coste, a la empresa le bastaría con fijar el precio de arrendamiento de su equipo en tres unidades monetarias para obtener el máximo beneficio posible aún sin vender la tinta. Si, por el contrario, quisiera vender la tinta a un precio superior al de su coste, se vería obligado a reducir el precio de alquiler del equipo de tal forma que no se superara el precio global de cuatro unidades monetarias, cifra que maximiza sus beneficios. El adquirente está comprando un servicio: reproducción. El precio de sus componentes es un mero detalle, en realidad, lo que es de interés para él es el precio total del servicio. Si el vendedor sube el precio de un componente, por ejemplo, la tinta, el comprador lo tratará como una subida del precio del servicio. Si el precio de la máquina se corresponde con el precio de maximización de beneficios del monopolista, cualquier subida del precio de la tinta por encima del nivel competitivo conducirá a una elevación del precio total del servicio para el consumidor por encima del nivel máximo del monopolio y, por tanto, a una reducción de los beneficios del monopolista –reducción que será de mayor o menor intensidad, en función de la elasticidad de la demanda-.

Por tanto, la imposición de una práctica de vinculación bajo estas circunstancias determina únicamente la identidad del vendedor, pero no afecta a la cantidad o precio vendido del producto vinculado. Obviamente, a través de estas prácticas, la empresa aumenta su cuota en el mercado del producto vinculado. Así, siguiendo con el ejemplo anteriormente expuesto, vendería más tinta e incrementaría su presencia en este mercado, en exclusión de otros posibles competidores. No obstante, esta exclusión y paralelo incremento de cuota, no se traduce en la adquisición de poder de condicionamiento de los precios o restricción de la producción en ese mercado. Son prácticas de carácter excluyente, pero carecen de potencial explotativo. En otras palabras, a través de las mismas, se produce únicamente un perjuicio para los competidores, pero no para los consumidores, destinatarios últimos del mercado⁹⁹.

Los autores que rechazan la posibilidad de que a través de los contratos vinculados sea posible obtener un doble beneficio monopolístico explican el recurso a estas prácticas, como un intento por parte de la empresa de maximizar el poder existente sobre el producto principal. Su finalidad sería, no la extensión del poder a un nuevo mercado, sino el mejor aprovechamiento del poder de mercado ya existente. A través de las mismas, la empresa se limita a organizar su política de comercialización de un bien o servicio en la forma más conveniente, reasignando ingresos o beneficios del producto principal o vinculante al producto vinculado¹⁰⁰. De

⁹⁹ Vid. WOLLENBERG: "An Economic Analysis of Tie-in Sales: Re-examining the Leverage Theory", 39, *Stanford Law Review*, 1987, p. 737. "Si por extensión del poder de monopolio se entiende la consecución de una mayor cuota de mercado acompañada de la habilidad de explotar esa cuota mediante la restricción de la producción y la elevación de los precios, la extensión del poder lesiona los intereses de los consumidores. Pero si simplemente significa la adquisición de una mayor cuota en el mercado del producto vinculado, la extensión causa daño únicamente a los competidores". En el mismo sentido, PEARSON: "Tying arrangements and the antitrust policy", *cit.*, pp. 626 y ss. y BOWMAN: "Tying arrangements and the leverage problem", *cit.*, pp. 23 y ss.

¹⁰⁰ PEARSON sostiene esta afirmación, examinando el supuesto de presencia de cierto grado de poder en el mercado de un producto, como consecuencia de la titularidad de un derecho de propiedad intelectual o industrial. Las patentes, marcas o derechos de autor permiten a sus titulares la diferenciación de sus productos a ojos de los consumidores, otorgándoles cierto poder de control de los precios. Las empresas pueden decidir explotar ese poder, derivado de la lealtad de

hecho, la mayoría de autores que rechazan la viabilidad del *leverage* explican, generalmente, el recurso a los contratos vinculados, como un instrumento que permite a una empresa con poder económico sobre un determinado bien, cuya valoración por parte de los consumidores no es homogénea, discriminar en el precio de su producto en función de la intensidad de la demanda de cada uno de ellos¹⁰¹.

En conclusión, el análisis de Chicago sobre las prácticas de vinculación descansa en las siguientes afirmaciones:

En primer lugar, es necesario distinguir entre prácticas que simplemente maximizan los beneficios y prácticas que extienden el poder a otros mercados. Las primeras deberían estar permitidas si el poder de mercado existente ha sido legítimamente obtenido ya que, en este caso, también lo será el beneficio monopolístico que del mismo se derive. Si ese poder no ha sido legalmente conseguido, las actuaciones represoras deberían dirigirse directamente contra esa situación estructural del mercado.

En segundo lugar, se afirma que, para un grado de poder determinado, la explotación indirecta por medio de prácticas restrictivas no puede causar más daño que la explotación directa a través de la política de fijación de precios. Las leyes antimonopolio deberían ser indiferentes a la forma de explotación del poder de mercado ya que éste constituye una suma fija y, por tanto, causará los mismos daños se use como se use.

Los contratos vinculados no son instrumentos adecuados para extender el poder de mercado, constituyen, simplemente, una práctica que permite el mejor aprovechamiento de una situación de poder preexistente.

los consumidores a la marca o del reconocimiento legal de un derecho de explotación exclusiva, mediante la fijación de un precio superior al de sus competidores, o bien, pueden intentar aprovechar esa posición de cierto privilegio en el mercado a través de una práctica de vinculación. Los compradores, en lugar de tener que pagar un precio supracompetitivo por el producto o servicio que desean, se ven obligados a adquirir un segundo producto. Vid. PEARSON: "Tying arrangements and the antitrust policy", *cit.*, p. 644.

¹⁰¹ Sobre la utilización de las prácticas de vinculación como instrumento de ejecución de una política de precios discriminatoria. Vid. *infra*. III.C.

Desde un punto de vista económico, estas conductas excluyentes, no se traducen en una lesión del bienestar de los consumidores ya que, a través de las mismas, no es posible el incremento de los precios respecto de la situación existente con anterioridad a la realización de la práctica, de ahí la irracionalidad económica de su prohibición normativa¹⁰².

3. Críticas a la posición de Chicago. ¿Es posible el funcionamiento real del *leveraging*?

3.1. Determinación del alcance de la crítica

La Escuela de Chicago, en su análisis de la posible anticompetitividad de las prácticas de vinculación, parte de una premisa –a su juicio- incuestionable. El Derecho *antitrust* debe limitar su intervención a aquellas conductas o prácticas empresariales susceptibles de conducir a una explotación directa e inmediata de los consumidores, mediante la formación de posiciones de poder económico en un mercado definido. Asumiendo por tanto, como única finalidad de este sector del ordenamiento jurídico, la tutela o protección de la eficiencia en la asignación de recursos, la intervención normativa sancionadora queda relegada a los supuestos de posible alteración, por medio de conductas privadas, de los resultados o *performance* de los mercados. De ello se deduce que, una vez demostrado con arreglo a la teoría de la suma fija, que no es posible la utilización de las prácticas de vinculación como instrumento de creación de nuevo poder de monopolio, cualquier otro eventual efecto de las conductas, como la

¹⁰² Los miembros de la Escuela de Chicago defenderán que, desde un punto de vista económico, el objetivo de maximización de beneficios es competitivamente neutral, ya que su única consecuencia es, en su caso, la transferencia de recursos de un grupo (consumidores) a otro (productores). Transferencia especialmente evidente en el caso de utilización de la vinculación como instrumento de ejecución de una política de precios discriminatoria, pero que, no obstante, carece de trascendencia desde una perspectiva económica, en la que no se incluye ningún juicio de valor sobre quién debería obtener el excedente del consumidor o la utilidad marginal total del producto vinculante –el comprador o el vendedor-. Recoge de forma crítica estas conclusiones, BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 295 y ss.

exclusión de competidores (*foreclosure*) o el mejor aprovechamiento de un poder económico preexistente, queda fuera del ámbito de actuación del Derecho *antitrust*¹⁰³.

En apartados posteriores de este trabajo, tendremos ocasión de volver sobre la particular –y restrictiva- visión de la Escuela de Chicago sobre la naturaleza del ilícito competitivo, valorando la posibilidad de que conductas presentadas como competitivamente neutrales –o beneficiosas- por esta Escuela, no reciban la misma consideración en otros ordenamientos jurídicos, como el comunitario europeo o, incluso, sean sujetas a matizaciones dentro del propio sistema estadounidense.

En este apartado se somete a valoración crítica la afirmación general defendida por la Escuela de Chicago sobre la imposibilidad de funcionamiento real del *leverage* como *monopoly creating device*. La vinculación de productos o servicios no permite la consecución de un segundo monopolio y, por tanto, la explotación de los consumidores mediante la fijación de precios supracompetitivos en el mercado del producto vinculado.

Esta afirmación, presentada de forma absoluta, ha sido cuestionada por la doctrina, fundamentalmente económica, desde diversas perspectivas. Críticas orientadas a delimitar una serie de factores o circunstancias que justificarían el temor de que los contratos vinculados puedan ser utilizados por una empresa con poder en el mercado del producto principal para elevar los precios por encima de los niveles competitivos en un segundo mercado.

En general, las distintas posturas críticas señalan que las conclusiones alcanzadas por Chicago son válidas únicamente con arreglo a sus propias presunciones, tanto sobre la relación existente entre los

¹⁰³ Así, por ejemplo, la Escuela de Chicago defiende la neutralidad competitiva de las prácticas de vinculación cuando son utilizadas como instrumento de articulación de una política de precios discriminatorios en función de la intensidad de uso del producto vinculado, sobre la base de que, en estos casos, la empresa se está limitando a recabar el mayor beneficio posible de una posición de poder preexistente en el mercado del producto principal.

distintos productos o servicios que se vinculan, como principalmente, sobre la capacidad autocorrectora de los mercados. Desgranando y examinando de forma individualizada las distintas posibilidades de relación entre los productos y relajando determinadas presunciones sobre el funcionamiento de los mercados, los resultados son necesariamente diversos y, por tanto, también la posibilidad de funcionamiento real del *leverage*.

Ahora bien, la principal crítica esgrimida frente a las posiciones de Chicago es la utilización por esta escuela de pensamiento de un método de análisis esencialmente estático. Los distintos modelos analíticos evalúan las decisiones económicas de una empresa sobre la base de la estabilidad de las situaciones de mercado que la determinan, sin entrar a examinar la posibilidad de que estas elecciones empresariales puedan, con el tiempo, modificar las condiciones de mercado. Es decir, en los planteamientos de Chicago se elimina como hipótesis de estudio, la eventual utilización por las empresas de las prácticas de vinculación como conducta estratégica, con arreglo a la cual, las empresas, aun a riesgo de soportar una serie de costes en un futuro inmediato, puedan incrementar sus beneficios –y compensar esos costes- a medio o largo plazo. El recurso a modelos dinámicos, ha conducido a un importante sector doctrinal a la formulación de una serie de teorías que, con mayor o menor solidez¹⁰⁴, tratan de identificar los supuestos en los que el recurso a una práctica de vinculación puede acabar, en último término, afectando a los consumidores, al otorgar a la empresa que recurre a la misma, un poder de condicionamiento de los precios.

3.2. Naturaleza de la relación existente entre el producto principal y el producto vinculado.

Desde un punto de vista económico, la relación entre dos bienes o servicios puede ser de independencia, sustituibilidad o

¹⁰⁴ Al estar el análisis dinámico orientado a mesurar los efectos futuros de una conducta, no observables por tanto de forma inmediata en la estructura o funcionamiento de los mercados, necesariamente deberá tener en consideración un mayor número de variables que los modelos estáticos y sus resultados, obviamente, tendrán un grado de incertidumbre mayor.

complementariedad¹⁰⁵. Así, dos bienes serán independientes cuando un incremento del precio del bien A no afecte a la demanda del bien B. Serán sustitutivos cuando un incremento del precio del bien A dé lugar a un aumento de la demanda del bien B. Por último, la relación existente será de complementariedad, en los casos en los que el incremento del precio del bien A dé lugar a una reducción de la demanda del bien B¹⁰⁶. En los dos últimos casos, la variación en el precio de uno de los dos bienes influye también en la demanda del otro. Las curvas de demanda de los dos bienes presentan, por tanto, una elasticidad cruzada¹⁰⁷.

Si dos o más bienes han de ser utilizados conjuntamente, la relación entre ellos puede establecerse de acuerdo a unas proporciones fijas o bien, según un esquema de proporciones variables. En el primer caso, la relación entre los productos responde siempre a un mismo patrón, es constante, por ejemplo, en el caso de un medicamento compuesto de las materias primas A y B, por cada gramo del producto A son necesarios 2 gramos del producto B. En el segundo supuesto, las cantidades o unidades de producto que vienen utilizadas conjuntamente pueden cambiar, así, por ejemplo, una camiseta puede estar compuesta de cantidades variables de algodón y poliéster.

Los efectos sobre la competencia de la práctica de vinculación, pese a la afirmación general de Chicago, dependerán del tipo de relación existente entre los bienes que se vinculan, así como de la forma de utilización conjunta, en proporciones fijas o variables, de éstos.

La Escuela de Chicago defiende que la vinculación entre productos no posibilita la creación de nuevo poder económico –poder de

¹⁰⁵ Vid. SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía, cit.*, pp. 86 y ss.

¹⁰⁶ BAUER (“A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*) señala como ejemplos de bienes sustituibles, el café y el té y, como ejemplo de bienes complementarios, el café y el azúcar.

¹⁰⁷ La elasticidad cruzada de la demanda es la medida de la influencia de la variación del precio de un bien en la demanda de la otra. Más concretamente, la elasticidad cruzada de la demanda es igual a la variación porcentual de la demanda del bien A cuando el precio del bien B varía un 1%, suponiendo que las demás variables se mantienen constantes. Vid. SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía, cit.*, p. 726.

condicionamiento de los precios-, en un mercado en el que éste originariamente no existía, simplemente permite aprovechar mejor el poder de mercado existente, lo que constituye una opción lícita, no sancionable desde el Derecho de la competencia.

Esta afirmación, presentada con pretensiones de validez general, será objeto de matización posterior por la doctrina económica, quien insistirá en que la exactitud de esta conclusión está en función del tipo de relación existente entre producto principal y vinculado. Dependiendo de cual sea la naturaleza de ésta, el *leverage* se dibuja como un efecto plausible, de tal modo que cabe la posibilidad de que, a través de esta práctica empresarial, la empresa pueda lograr beneficios extras o adicionales, que no hubieran podido ser obtenidos mediante la mera explotación eficiente del poder en el mercado del producto principal¹⁰⁸.

La vinculación entre productos independientes, cuyas demandas no guardan ninguna relación entre sí, no posibilita la extensión del poder económico, la monopolización de un nuevo mercado¹⁰⁹. POSNER recurre al siguiente ejemplo para demostrar la irracionalidad económica del *leverage*

¹⁰⁸ La naturaleza de la relación existente entre los bienes puede facilitar también la utilización de la misma como un instrumento de articulación de una política de precios discriminatoria, especial –pero no necesariamente-, en el caso de unión entre productos complementarios utilizados en proporciones variables. Esta posible utilización de las prácticas de vinculación no entra dentro del estricto concepto de *leveraging* manejado por Chicago. En estos casos, no se crea nuevo poder de mercado. Aunque la práctica pueda resultar beneficiosa para la empresa que recurre a la misma, simplemente está aprovechando mejor el poder que ya posee. Estas conductas y la valoración o juicio que merecen desde la óptica del Derecho *antitrust* estadounidense o europeo son examinadas en otros apartados de este trabajo, concretamente, en el examen de las eventuales repercusiones de los acuerdos de vinculación en el mercado del producto principal.

¹⁰⁹ Excepcionalmente, la vinculación entre productos independientes puede resultar más remunerativa para la empresa que la venta aislada de los distintos componentes, si la unión entre los productos es utilizada para explotar la heterogeneidad de valores dada a los productos por los distintos consumidores. Esta posibilidad explica determinadas prácticas empresariales, como la técnica de *block-booking*. En estos casos, se estaría, en realidad, ante una forma o modalidad de discriminación, la empresa no obtiene nuevo poder de mercado, sino un mejor aprovechamiento del existente. Vid. BURSTEIN: “A Theory of Full-line Forcing”, 55, *Northwestern ULR*, 1960, pp. 62 y ss.; HYLTON/SALINGER: “Tying law and policy: a decision –theoretic approach”, *cit.*, pp. 487 y ss.; IDOT: “Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste...”, *cit.*, pp. 31 y ss. Esta utilización de las prácticas de vinculación es analizada en apartados posteriores, vid. *infra*, III.C.2.

en estos supuestos. “Si la empresa IBM se negara a suministrar ordenadores a menos que los clientes adquirieran a su vez, una mezcla para preparar tartas, ésta práctica no le permitiría obtener beneficios adicionales. El precio de la mezcla –descontado, por supuesto, el valor que la misma pueda tener para los consumidores- sería percibido por éstos como un incremento del precio del ordenador y, por tanto, conduciría a una reducción de la demanda”¹¹⁰. La unión entre un bien monopolizado y un bien sujeto a competencia, en estos casos, es equivalente a la imposición de una tasa en la adquisición del producto principal monopolizado. A menos que los consumidores quieran pagar la tasa, -es decir, deseen el producto vinculado y éste sea vendido a un precio competitivo-, la vinculación reduce los beneficios de la empresa. No sólo no es posible monopolizar el mercado del producto vinculado, sino que, además, el intento de la empresa de forzar productos no deseados en sus clientes puede acabar perjudicándola¹¹¹.

En principio, la regla general establecida con respecto a la unión entre productos independientes es trasladable a los casos en los que se produce una vinculación entre bienes sustituibles. Es decir, en aquellos supuestos en los que el incremento del precio de un bien ocasiona un incremento en la demanda de un segundo. La naturaleza de la relación existente entre los productos constituye, por tanto, un factor que dificulta la posibilidad de funcionamiento real del *leverage*¹¹².

¹¹⁰ Vid. POSNER: *Antitrust Law*, 2d ed., Chicago, 2001, p. 199. BALDWIN/McFARLAND (“Tying Arrangements in Law and Economics”, *cit.*, p. 771) llegan a la misma conclusión, utilizando como ejemplo la vinculación entre un disco fonográfico y un bote de sopa.

¹¹¹ HYLTON/SALINGER: “Tying law and policy: a decision –theoretic approach”, *cit.*, pp. 486 y ss.

¹¹² Vid. NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, 2003, p. 30, quién incluye entre los factores que permiten descartar que el recurso a la vinculación constituya una política empresarial atractiva desde una perspectiva estratégica, la existencia de una relación de sustituibilidad entre los dos bienes. En el mismo sentido, BALDWIN/McFARLAND: “Tying Arrangements in Law and Economics”, *cit.*, p. 771.

Esta afirmación general también es susceptible de matización o precisión¹¹³. Diversos estudios jurídico-económicos en materia de integración vertical han puesto de relieve que la unión entre productos, utilizados como insumos, para la elaboración de otros bienes, si entre ellos existe una relación de sustituibilidad parcial, puede dar lugar a la posibilidad de condicionamiento de los precios.

En principio, estos análisis son realizados en el marco de la valoración de los posibles efectos negativos sobre la competencia de las operaciones de concentración verticales y afrontan la cuestión del incentivo que puede tener el monopolista de un determinado insumo en integrarse en el mercado de otro insumo o, verticalmente, en el mercado del producto final (*forward integration*)¹¹⁴. Tradicionalmente, los economistas habían venido rechazando que la empresa dominante pudiera tener aliciente económico alguno en adquirir posiciones de control en estos mercados¹¹⁵. Ahora bien, esta afirmación es válida únicamente en la medida en que, para obtener el producto final sea necesario utilizar varios insumos en cantidades proporcionales fijas, por ejemplo, para la fabricación de un

¹¹³ Al igual que ocurría en el supuesto de productos independientes, la vinculación entre bienes sustituibles también puede ser utilizada para explotar preferencias heterogéneas de los consumidores. Vid. BURSTEIN: "A Theory of Full-line Forcing..." *cit.*

¹¹⁴ La integración vertical descendente o *forward integration* se produce en los casos en los que una empresa dedicada a la fabricación de insumos o productos intermedios extiende sus actividades al mercado de los productos finales.

¹¹⁵ La Escuela de Chicago defiende la falta de necesidad de un control *antitrust* de la integración vertical, sobre la base de que estos fenómenos no confieren a la empresa que recurre a los mismos, la capacidad de alterar los precios de mercados, crear barreras de entrada o utilizar tácticas predatorias. Vid., como exponente paradigmático de estas tesis, BORK: "Vertical Integration and the Sherman Act: the legal history of an economic misconception", *cit.*, pp. 157 y ss. El razonamiento que apoya esta conclusión es idéntico al utilizado para defender la irracionalidad económica del *leverage*. Si una empresa tiene poder de monopolio en el mercado de un insumo indispensable (es decir, carente de sustitutos) en cualquier nivel de una cadena vertical de mercados, ese poder no puede ser incrementado mediante la integración vertical en otros mercados competitivos. Con independencia del lugar que ocupe en la cadena, la empresa monopolista puede aprovecharse de cualquier oportunidad de reducción de la producción o incremento de los precios, derivando su propia función de demanda monopolística de las funciones de demanda y costes de estadios competitivos más cercanos al consumidor, es decir, de estadios descendentes. Para un desarrollo matemático de este razonamiento, vid. SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, *cit.*, p. 538 y ss.

cuchillo, que requiere necesariamente la combinación de una hoja y un mango. No importa cuantas hojas se posean, el cuchillo no puede ser producido sin el mango, es decir, las hojas no pueden ser sustituidas por mangos en la producción de cuchillos¹¹⁶.

En cambio, si los insumos necesarios para la producción de un determinado bien pueden ser utilizados en proporciones variables y, por tanto, ser sustituidos entre sí dentro de límites definidos, es decir, si los bienes son parcialmente sustituibles¹¹⁷ y una empresa posee poder dominante sobre uno de ellos, el recurso a la vinculación puede revelarse como una estrategia remunerativa, de la que cabe esperar, dadas determinadas circunstancias, una efectiva extensión del poder de mercado y, por tanto, un incremento de los precios¹¹⁸.

Imaginemos por ejemplo, un tejido antiarrugas, realizado mediante una combinación variable de poliéster y algodón¹¹⁹. En cierta medida, el algodón puede ser sustituido por poliéster en el proceso productivo. Una empresa posee una posición monopolística debido a la titularidad de una patente en el poliéster, mientras que el algodón es suministrado en un mercado competitivo. El precio de monopolio del poliéster, manteniéndose constante el precio competitivo del algodón, determinará que la empresa que manufactura el tejido, sustituya poliéster por algodón, hasta el punto

¹¹⁶ Ejemplo tomado de BLAIR/KASERMAN: "Vertical Integration, Tying and Alternative Vertical Control Mechanisms", 3, *Conneticut Law Review*, 1988, p. 525.

¹¹⁷ Generalmente, los productos no son perfectamente sustituibles. Es decir, no pueden sustituirse o intercambiarse insumos en una relación de uno por uno.

¹¹⁸ Esta idea, inicialmente intuida en los trabajos de BURNSTEIN: "A Theory of Full-line Forcing", *cit.* y "The economics of tie-in sales", 42, *Review of Economics and Statistics*, 1960, pp. 373 y ss.), ha sido desarrollada por BLAIR/KASERMAN: "Vertical Integration, Tying and Alternative Vertical Control Mechanisms", *cit.*; SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, *cit.*, pp. 522 y ss. (aplicación a la integración vertical) y pp. 566-567 (aplicación a las practicas de vinculación); STRASSER: "An Antitrust Policy for Tying Arrangements", *cit.*, pp. 280 y ss.

¹¹⁹ Ejemplo tomado de BLAIR/KASERMAN: "Vertical Integration, Tying and Alternative Vertical Control Mechanisms", *cit.*, p. 525.

en el que consiga minimizar la incidencia en los costes de producción del precio supracompetitivo de uno de los insumos¹²⁰.

En estas circunstancias, la empresa monopolista de uno de los insumos, a fin de evitar este efecto de sustitución, tiene un incentivo hacia la expansión en el mercado del otro. Expansión que puede estructurarse mediante una operación de concentración, por ejemplo, una fusión vertical o bien, mediante la celebración de una práctica de vinculación.

La empresa evita el efecto de sustitución si consigue condicionar la compra de uno de los insumos (poliéster) a la adquisición simultánea, en las proporciones que ella determine, del otro insumo (algodón).

Los efectos en la asignación de los recursos y, en general, en el bienestar de los consumidores de estas operaciones de concentración o restricciones verticales, no son uniformes o predeterminables, ya que dependen de una pluralidad de variables¹²¹. No obstante, la doctrina económica ha identificado determinadas situaciones en las que, cabe prever, que éstos tendrán un efecto lesivo de la competencia, favoreciendo la formación de posiciones de poder en el mercado del producto vinculado¹²². Así mismo, la propia Comisión Europea reconoce, en sus

¹²⁰ Es decir, hasta el punto en el que sea técnicamente posible la sustitución entre ambos bienes. Los dos insumos han de ser empleados en el proceso productivo, no son íntegramente sustituibles, ya que, en este caso, la empresa adquirente utilizaría únicamente el producto ofrecido a precio competitivo. Vid. CUCINOTTA: "Il regime monopolistico delle tying clauses", *cit.*, p. 103.

¹²¹ Pueden ser más beneficiosos que dañinos (en comparación a los efectos del precio monopolístico existente con anterioridad a la imposición de la vinculación), por ejemplo, posibilitando una combinación más eficiente de insumos en la elaboración del producto. Vid. BLAIR/KASERMAN: "Vertical Integration, Tying and Alternative Vertical Control Mechanisms", *cit.*, pp. 523 y ss.; SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, *cit.* pp. 522 y ss.

¹²² En principio, el efecto final de esta práctica sobre los niveles de producción y precios en los mercados definidos, estará en función de la elasticidad de la sustitución, de la elasticidad de la demanda del producto final y de la relativa importancia de los productos vinculante y vinculado. SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, *cit.* pp. 566 y ss. La posibilidad de efectos negativos se incrementa en los casos en los que existan en el mercado ulteriores sustitutos del producto vinculado. En esta hipótesis la monopolización del insumo vinculado, a través del *tying arrangement*, conduce a una situación peor, desde la perspectiva de la eficiencia en la asignación de recursos, que la

Directrices relativas a las restricciones verticales, que la vinculación puede llevar a precios supracompetitivos, especialmente en los casos en los que exista una relación de sustituibilidad parcial entre los productos vinculante y vinculado desde el punto de vista del comprador¹²³.

La posibilidad de que, presentes determinadas circunstancias, la vinculación entre productos sustituibles acabe generando restricciones artificiales de la producción y, por tanto, una explotación de los consumidores, obliga a rechazar la neutralidad competitiva general defendida por Chicago y exige, antes de concluir sobre la competitividad o anticompetitividad de una conducta, un análisis individualizado, en el que sean objeto de ponderación y examen los especiales elementos fácticos del caso concreto¹²⁴.

Por último, resta examinar los eventuales efectos de la vinculación entre productos complementarios. La unión entre productos complementarios constituye el supuesto más frecuente en la práctica y dónde se plantean, además los mayores problemas interpretativos.

En principio, el argumento de la suma fija despliega toda su validez en el caso de la vinculación entre productos complementarios que hayan de ser utilizados siempre en la misma proporción (ejemplo del zapato izquierdo y derecho). En estos supuestos, una empresa no puede obtener beneficios adicionales mediante la imposición de la venta conjunta de ambos productos. Los productos son percibidos como uno sólo por los consumidores, interesados únicamente en la suma comprensiva, de ahí que un aumento del precio de uno de los bienes, debe ser acompañado necesariamente –si la empresa actúa racionalmente buscando una maximización de beneficios- de una reducción equivalente en el precio del

derivada del control monopolístico de uno solo de los insumos. Vid. CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, p. 103 y bibliografía allí citada.

¹²³ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 217.

¹²⁴ Vid. en este sentido, BLAIR/KASERMAN: “Vertical Integration, Tying and Alternative Vertical Control Mechanisms”, *cit.*, pp. 523 y ss.; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 102 y ss.; SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, *cit.*, pp. 522 y ss.

otro¹²⁵. La vinculación determina únicamente la identidad del vendedor del producto vinculado, pero no afecta a la cantidad producida y, por tanto, a los precios de éste¹²⁶.

La cuestión puede recibir una respuesta diversa si la vinculación se realiza entre productos complementarios utilizados en proporciones variables. Ya el propio BOWMAN planteó esta hipótesis, como posible excepción al argumento de la suma fija, reconociendo que, en estos casos, una empresa podría obtener, a través de la vinculación, un beneficio mayor que el que se derivaría de la maximización de su situación de poder en uno de los mercados de producto implicados. El monopolio de ambos bienes sería más remunerativo que el de uno solo de ellos¹²⁷

BALDWIN y McFARLAND, en un análisis de los estudios de BOWMAN, matizan o concretan sus resultados, planteando una distinción entre dos posibilidades diversas de utilización conjunta de más de un bien en proporciones variables¹²⁸. Un primer caso sería aquel en que un determinado producto se utiliza junto a más de una unidad de un segundo bien (p.e. cámaras y películas fotográficas). Aquí un aumento del precio de este último podría provocar simplemente una utilización menos intensa del primero sin incidir en el número de unidades vendidas. Un segundo caso sería aquel en que pueden combinarse cantidades diversas de ambos bienes que tienen demandas con elasticidad cruzada. El incremento del precio de uno de los bienes comporta una reducción de la cantidad demandada del otro.

¹²⁵ Vid. CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 87 y ss.; BALDWIN/McFARLAND: “Tying Arrangements in Law and Economics”, *cit.*, p. 767.

¹²⁶ Vid. STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.*, p. 279.

¹²⁷ Vid. BOWMAN: “Tying arrangements and the leverage problem”, *cit.*, pp. 25 y ss. y, especialmente, el ejemplo numérico utilizado para ilustrar la posibilidad de que la vinculación conduzca a la creación de poder en el mercado del producto vinculado en p. 26, nota 18.

¹²⁸ BALDWIN/McFARLAND: “Tying Arrangements in Law and Economics”, *cit.*, pp. 767 y ss., quiénes, no obstante, partiendo de la distinción conceptual entre estas dos situaciones, reconocen que, en la práctica, puede ser difícil deslindar ambos tipos de hipótesis. Esta distinción también es recogida por CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, p. 89.

Cuando un incremento del precio del bien vinculado incide sobre la intensidad de uso del bien principal y no sobre la cantidad vendida, el *leverage* no funciona. En estos casos, la empresa, a través de la vinculación, puede únicamente aumentar los beneficios respecto a lo que podría haber obtenido de la fijación del mejor precio único para el producto principal, pero no se crea una situación de poder en el mercado del producto vinculado, sólo un aprovechamiento más eficiente del poder que ya se posee. El *tie-in* opera como instrumento de medición del uso que cada cliente realiza del producto principal, permitiendo a la empresa cobrar a cada uno de ellos en función de éste¹²⁹.

Cuando, por el contrario, la cantidad vendida del producto principal es sensible a las variaciones de precios del producto vinculado, dadas determinadas características de la demanda de los dos bienes, el *leverage* puede funcionar. Al tratarse de productos complementarios, cualquier incremento en el precio de uno de ellos reducirá el atractivo del otro y, por tanto, originará una disminución en la cantidad demandada del mismo (se producirá un desplazamiento a la izquierda de la curva de demanda). El siguiente ejemplo, tomado de BALDWIN y McFARLAND permite ilustrar el razonamiento¹³⁰. Imaginemos, que una empresa posee un monopolio sobre el pan, para el que no existe ningún sustituto cercano¹³¹ y decide condicionar la venta del pan a la adquisición forzosa de su marca de mantequilla. La mantequilla era comercializada, con anterioridad a la vinculación, en un mercado perfectamente competitivo. Si el único uso posible de la mantequilla fuera en relación con el pan, la vinculación conduciría a la creación de un monopolio en el mercado de la mantequilla. En cualquier caso, el monopolista podría adquirir cierto grado de poder en el mercado del producto vinculado. Pero a medida que incrementa el precio

¹²⁹ Vid. BALDWIN/McFARLAND: "Tying Arrangements in Law and Economics", *cit.*, p. 768.

¹³⁰ Vid. BALDWIN/McFARLAND: "Tying Arrangements in Law and Economics", *cit.*, p. 769.

¹³¹ También BOWMAN, en su reconocimiento de la posibilidad excepcional de funcionamiento del *leverage* en caso de vinculación de productos complementarios utilizados en proporciones variables, presume la existencia de un monopolio total en el mercado del producto principal. BOWMAN: "Tying arrangements and the leverage problem", *cit.*, p. 25.

de la mantequilla, la cantidad de pan que puede vender al precio que maximizaba anteriormente sus beneficios (mejor precio de monopolio) irá disminuyendo. El poder que puede explotar de forma beneficiosa depende de la elasticidad de la curva de demanda de la mantequilla y de la magnitud o entidad de los desplazamientos de la curva de la demanda del pan, causados como consecuencia de un incremento del precio de la mantequilla. Si la curva de la demanda de la mantequilla es muy inelástica a un precio competitivo, de forma que el ingreso total se incrementa notablemente con un aumento de precios y si la demanda del pan no se ve fácilmente afectada por cambios en el precio de la mantequilla, el contrato vinculado, conducirá efectivamente a un incremento de beneficios.

El incremento de precios del producto vinculado puede compensar la pérdida de beneficios (reducción de la demanda) en el mercado del producto principal. El monopolio de dos productos puede ser más remunerativo que el de uno sólo. El poder de monopolio, extendiéndose de uno a otro mercado, puede incrementarse y consentir, por tanto, la realización de beneficios en su conjunto superiores a los que hubieran podido ser obtenidos con el monopolio de un único producto.

El resultado depende, en definitiva, de la posibilidad de aprovechar la influencia recíproca en las cantidades vendidas, de las variaciones en los precios de los dos bienes, posibilidad que está ausente en los casos en que los productos deban ser necesariamente usados en una proporción determinada o cuando las fluctuaciones o cambios en el precio de un bien influyen sólo sobre la intensidad de uso, pero no sobre la cantidad vendida, de otro.

3.3. Presunciones sobre el funcionamiento de los mercados

El teorema de la imposibilidad de extensión del monopolio es, a grandes trazos, reconducible a un modelo de análisis que simplifica las condiciones del ambiente en el que son adoptadas y despliegan sus efectos

las decisiones económicas. Las conclusiones de la Escuela de Chicago se apoyan en la presunción de un funcionamiento eficiente de los mecanismos de autocorrección del mercado, minusvalorando o, incluso, excluyendo completamente la posible existencia de fallos en el mismo¹³², como, por ejemplo, la eventual presencia de asimetrías en la información¹³³, la incidencia de conductas de parasitismo o *free-riding* o la conformación de determinados mercados conforme a estructuras oligopolísticas o monopolísticas¹³⁴.

El análisis *antitrust* Post-Chicago, manteniendo un enfoque esencialmente economicista, pone de manifiesto la simplicidad de alguno de los modelos en los que la Escuela de Chicago apoya sus conclusiones y,

¹³² En realidad, más que un desconocimiento total sobre la posible existencia de fallos en el mercado, los autores adscritos a la Escuela de Chicago utilizan los mismos de forma parcial, de modo que son introducidos en el razonamiento para apoyar o reforzar sus conclusiones sobre la “benevolencia” de una conducta, pero descartados cuándo contradicen –o al menos, matizan– sus posiciones sobre la procompetitividad de una práctica empresarial. Por ejemplo, la existencia de una información defectuosa de los consumidores no es tenida en consideración para valorar el eventual potencial explotativo de una práctica de vinculación, pero sí para justificar su imposición. Así, BORK defiende que la dificultad inherente a la corrección de los problemas o costes de información de los consumidores sobre la idoneidad de los productos, justifica que una empresa recurra a un *tying arrangement* para asegurar que sólo sean utilizadas materias primas o accesorios adecuados con su producto (*The Antitrust Paradox*, *cit.*, p. 380). Del mismo modo, comportamientos oportunistas o de parasitismo no son ponderados en el examen de la capacidad de respuesta de los consumidores frente a la imposición de un contrato vinculado, pero constituyen uno de los ejes centrales en los que se apoya la defensa de la Escuela de Chicago de determinadas restricciones verticales intramarca, como los acuerdos de distribución exclusiva. Vid. un desarrollo de esta crítica en GRIMES: “Antitrust tie-in analysis after Kodak: a reply to Larson’s comment”, 63, ALJ, 1994-1995, p. 271 y KAPLOW: “Extension of monopoly power through leverage”, *cit.*, p. 536.

¹³³ Vid. LARSON: “Antitrust tie-in analysis after Kodak: a comment”, 63, ALJ, 1994-1995, pp. 238 y ss., quién desde planteamientos afines a la Escuela de Chicago rechaza la ponderación en el análisis sobre la competitividad de una práctica empresarial de la eventual presencia de fallos de mercado, concretamente, de asimetrías o deficiencias en la información de los consumidores.

¹³⁴ La Escuela de Chicago utiliza como premisa incuestionable en sus análisis sobre la competitividad de las conductas de los agentes económicos, que las empresas actúan siempre de forma racional, buscando la maximización de beneficios. Desde algún sector doctrinal se ha examinado la posibilidad de que los resultados sean diversos si se relaja esta presunción y se ponderan eventuales motivaciones en la toma de decisiones por parte de los administradores de las empresas diversas de la maximización de beneficios. Vid. KAPLOW: “Extension of monopoly power through leverage”, *cit.*, pp. 540 y ss.

utilizando parámetros más complejos sobre el funcionamiento real de los mercados, identifica determinadas situaciones en las que los efectos anticompetitivos resultan más plausibles.

3.3.1. Capacidad de respuesta de los consumidores o clientes

La crítica a la posibilidad de extensión del poder económico de un mercado a otro se basa en que, una empresa no puede obtener mayor beneficio o utilidad de una determinada posición de fuerza económica a través de la imposición de restricciones suplementarias a los compradores o clientes, que la que obtendría mediante la explotación directa –fijación de precios- de ese poder sobre un determinado producto. Cualquier condición ulterior sería vista por los consumidores como un incremento efectivo del precio del producto monopolizado, conduciendo a una equivalente reducción en la demanda del mismo.

Ahora bien, la operatividad de este argumento requiere la existencia de una efectiva capacidad de reacción de los consumidores, que funcione como un elemento disciplinario frente a eventuales prácticas empresariales explotativas. Esta capacidad es presupuesta en el análisis utilizado por la Escuela de Chicago, que reconduce el funcionamiento de los mercados al esquema teórico del modelo de competencia perfecta. No obstante, en numerosas ocasiones, el análisis de los mercados reales revela un alejamiento de los pilares sobre los que se apoya este modelo. El mercado no obedece siempre a ese esquema simple de “explotación-respuesta”. En el mismo existen fallos que dificultan –o impiden-, que los consumidores, mediante la configuración de su curva de demanda, disciplinen las condiciones de la oferta de bienes o servicios.

Para que los consumidores puedan actuar como efectivo poder disciplinario, es necesario que posean una información y comprensión correcta de las distintas opciones de adquisición disponibles y, además, que sus decisiones vengán orientadas en función de los costes que cada una de ellas les ocasionan. Si estas condiciones están presentes, la calidad de la demanda del consumidor y su capacidad de respuesta, es alta. Por el

contrario, será baja, si el entendimiento de las distintas opciones u ofertas del mercado es defectuoso, es decir, si existen asimetrías o deficiencias en la información.

En el primer caso, es improbable que, a través de una práctica de vinculación, pueda producirse una explotación de los consumidores. Si el paquete de productos ofertado excede el coste de adquisición de los bienes de forma independiente, los consumidores simplemente no responderán a la oferta de la empresa. Ahora bien, en mercados en los que existen problemas de información, las empresas pueden servirse de las prácticas de vinculación, para explotar a los consumidores y obtener un beneficio adicional, que no sería posible en ausencia de las mismas. Si los compradores no poseen una información apropiada y, por tanto, no son capaces de ponderar adecuadamente el coste de la oferta conjunta aceptarán determinadas vinculaciones que, de otro modo, hubieran rechazado, lo que ocasiona una pérdida neta de eficiencia¹³⁵.

A través de una práctica de vinculación, las empresas pueden aprovecharse de la existencia de deficiencias en la información o, incluso, utilizar la práctica precisamente para generar esas deficiencias, reduciendo la calidad de la demanda del consumidor. Esto se debe generalmente a que la oferta de un paquete de productos dificulta la decisión de compra. La necesidad de ponderar en un mismo momento el valor, no sólo de un producto, sino de dos o más que son ofrecidos conjuntamente, genera un incremento en los costes de información del consumidor.

¹³⁵ La relación entre asimetrías en la información y utilización por una empresa de una práctica de vinculación para obtener un beneficio supracompetitivo adicional ha sido reconocida y analizada por diversos autores, vid. especialmente: CRASWELL: "Tying requirements in competitive markets: the consumer protection issues", *cit.*, pp. 661 y ss. (defendiendo, no obstante, la resolución de estos problemas desde otros sectores del ordenamiento jurídico diversos al Derecho de la libre competencia, como el Derecho del consumo); GRIMES: "Antitrust tie-in analysis after Kodak: understanding the role of market imperfections", *cit.*, pp. 263 y ss.; IDEM: "Antitrust tie-in analysis after Kodak: a reply to Larson's comment", 63, ALJ, 1994-1995, pp. 266 y ss.; IDEM: "The antitrust tying law schism: a critique of Microsoft III and a response to Hilton and Salinger", 70, ALJ, 2002, pp. 199 y ss.; VAN DER BERGH/CAMESASCA: *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, Antwerpen, Groningen, Oxford, New York, 2001, pp. 278 y ss.

El riesgo de que un contrato vinculado acabe convirtiéndose en un instrumento de explotación como consecuencia de la existencia de problemas de información está en función de una serie de factores, relativos tanto a la propia naturaleza o complejidad de los productos que se vinculan, a los caracteres de los consumidores destinatarios de la oferta o al contenido y duración del contrato.

En el caso de productos sencillos, de uso frecuente y escaso valor, el riesgo de asimetrías en la información es reducido. Además, incluso en el supuesto de que se produzcan apreciaciones erróneas de los compradores sobre la naturaleza y valor de los productos, éstas son fácilmente rectificables en compras posteriores. En cambio, la vinculación entre productos más costosos, técnicamente complejos y de larga duración¹³⁶, puede dificultar la información completa del consumidor sobre sus caracteres, dando lugar a errores adquisitivos mucho más difíciles de corregir a corto plazo.

También la disparidad en el valor otorgado por consumidores a los distintos bienes vinculados, puede obstaculizar una apreciación del valor real del paquete, ya que, si en lugar de unirse dos bienes de igual valor, el contrato liga un bien muy deseado con otros productos o servicios accesorios o, incluso, carentes de relación con el producto principal, es menos probable que el comprador pondere adecuada y plenamente los méritos del producto vinculado.

La experiencia y grado de sofisticación de los consumidores o clientes también limitan el potencial explotativo de la práctica. Cuánto mayores sean éstos, menor es el riesgo de deficiencias –o falta de información–, mientras que la capacidad de una empresa para imponer condiciones desventajosas o poco favorables aumenta frente a compradores inexpertos como, por ejemplo, no profesionales o que utilizan el bien por vez primera¹³⁷.

¹³⁶ Por ejemplo, automóviles, ordenadores, dispositivos electrónicos, etc.

¹³⁷ Vid. GRIMES: “Antitrust tie-in analysis after Kodak...”, *cit.*, pp. 275 y ss.; CRASWELL: “Tying requirements in competitive markets...”, *cit.* pp. 672 y ss.

Pero, incluso compradores sofisticados y experimentados pueden tener dificultades a la hora de valorar el valor y coste total de la oferta conjunta, si la adquisición del producto vinculado se difiere en el tiempo respecto de la del producto principal, por ejemplo, en el caso de compra de un equipo o maquinaria, unida a la obligación de contratar necesariamente con la empresa los servicios de asistencia y reparación que puedan ser necesarios en un futuro. Cuánto más largo sea el plazo de adquisición del producto vinculado, más difícil resultará para los clientes valorar las consecuencias de la vinculación.

Hasta este momento, hemos examinado la posibilidad de que una empresa se aproveche de la existencia de asimetrías en la información para, a través de un contrato vinculado, extraer un beneficio supracompetitivo. La doctrina ha identificado una serie de factores que, con independencia del grado de información de los consumidores, pueden introducir distorsiones en su capacidad de respuesta frente a eventuales conductas explotativas empresariales. Circunstancias que, más que incidir en la formación del juicio de los destinatarios de las prácticas, influyen en sus motivaciones para contrarrestar o contestar los intentos empresariales de imposición de condiciones de transacción restrictivas. Entre ellas, adquieren especial importancia la existencia de comportamientos de parasitismo o la posibilidad de explotación de clientes “cautivos”¹³⁸.

KAPLOW¹³⁹ y GRIMES¹⁴⁰ recalcan la trascendencia que, en este sentido, pueden tener conductas oportunistas o de *free-riding*. Una fuerza que puede limitar la extensión del poder del mercado es la respuesta o

¹³⁸ GRIMES introduce una tercera posibilidad, la teoría de la repercusión de costes (*passing-on*), que se fundamente en la capacidad del vendedor de extraer un sobreprecio a través de una práctica de vinculación, incluso en ausencia de problemas de información, si los compradores saben que pueden trasladar ese incremento de costes a un escalón posterior del proceso de producción o distribución de bienes o servicios. Vid. GRIMES: “Antitrust tie-in analysis after Kodak:...”, *cit.*, pp. 278 y ss.

¹³⁹ Vid. KAPLOW: “Extension of monopoly power through leverage”, *cit.*, pp. 531 y ss.

¹⁴⁰ Vid. GRIMES: “Antitrust tie-in analysis after Kodak:...”, *cit.*, p. 279.

acción de los sujetos que, de producirse ese efecto, se verían negativamente afectados en el futuro, como los consumidores o suministradores de la industria afectada. Sujetos especialmente interesados en frenar a la empresa que intenta consolidar una segunda posición de poder de mercado. Ahora bien, si la práctica de vinculación está generalizada en la industria, el interés individual del comprador, consciente de la naturaleza anticompetitiva de la vinculación y de que sus competidores se ven obligados a contratar en los mismos términos, puede resultar insuficiente para moverle a enfrentarse a la misma. Cada competidor confía en poder aprovecharse (*free-ride*) de la presión compensatoria ejercida por los demás. Si esta actuación no se produce, el comprador individual puede preferir aceptar la restricción –que sabe que también afectará a sus competidores–, a emprender una confrontación unilateral que pueda acabar poniendo en peligro una fuente importante de suministro o abastecimiento.

Una segunda teoría que otorga plausibilidad al funcionamiento del *leverage* se basa en la explotación por parte de una empresa a través de una práctica de vinculación de sus clientes “cautivos” o “atrapados”¹⁴¹. La adquisición de un producto –maquinaria o equipo original– con elevados costes de sustitución¹⁴² puede permitir a la empresa productora, la explotación de sus clientes mediante la vinculación ulterior de productos complementarios (accesorios, consumibles, piezas de recambio, servicios de asistencia o reparación, etc.) a precios supracompetitivos¹⁴³.

Esta teoría ha tenido una acogida favorable en la práctica de las autoridades judiciales y administrativas, tanto estadounidenses como

¹⁴¹ Vid. GRIMES: “Antitrust tie-in analysis after Kodak:...”, *cit.*, pp. 277 y ss.; TOFFOLETTI: “Compatibilità tra prodotti e tutela della forma e disciplina della concorrenza”, *cit.*, pp. 230 y ss.

¹⁴² Los costes de sustitución pueden resultar de la cuantía de la inversión realizada y necesidad de amortización de la misma, del coste que supondría el aprendizaje del funcionamiento de productos competidores no utilizados con anterioridad, etc.

¹⁴³ El aprovechamiento por parte de una empresa de la existencia de costes de sustitución elevados para imponer vinculaciones explotativas es también posible en otro tipo de escenarios como, por ejemplo, los contratos de franquicia. Vid. en este sentido, CRASWELL: “Tying requirements in competitive markets: ...”, *cit.*, pp. 661 y ss.

europeas. De hecho, constituye uno de los argumentos principales en los que el Tribunal Supremo estadounidense basó su condena de las prácticas de vinculación examinadas en el caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*¹⁴⁴. El Tribunal consideró que la empresa Kodak se había servido de una práctica de vinculación para explotar a los clientes que estaban “atrapados” a sus piezas de recambio y a sus servicios de mantenimiento por el hecho de haberle adquirido los bienes de consumo duradero (en este caso, fotocopiadoras). Pese a que el mercado de fotocopiadoras era competitivo, Kodak podía obtener beneficios monopolísticos forzando a los consumidores, una vez atrapados, a adquirir sus servicios y piezas de recambio a precios supracompetitivos¹⁴⁵.

Por su parte, la Comisión Europea también ha reconocido la dificultad de reacción de los consumidores frente a una práctica de vinculación explotativa –y, por tanto, el riesgo de que ésta desemboque en un incremento efectivo de los precios-, en presencia de costes de información y de transacción elevados. Así, las Directrices relativas a las restricciones verticales, señalan que la vinculación puede llevar a precios supracompetitivos especialmente “Cuando en el caso de contratos a largo plazo o de contratos suscritos en un mercado secundario con respecto a un equipo original con un plazo largo de sustitución resulta difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación”¹⁴⁶.

3.3.2. Estructura del mercado del producto vinculado

Los distintos modelos utilizados por la Escuela de Chicago para demostrar la irracionalidad económica de la posibilidad de extensión de poder económico a través de una práctica de vinculación, se sustentan en una misma presunción, la estructura competitiva del mercado del producto vinculado. Una empresa con poder en un determinado mercado –producto

¹⁴⁴ 504 U.S. 451 (1992). Vid, para un desarrollo pormenorizado de los elementos fácticos y de derecho del caso, *supra*, Capítulo III, II.B.3.

¹⁴⁵ Vid. LANDE: “Chicago takes it on the chin”, *cit.*, pp.193 y ss.

¹⁴⁶ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 217.

principal- no puede servirse de la vinculación para obtener poder en un segundo mercado competitivo –producto vinculado-. El *leverage* no funciona, el único efecto de la práctica en el mercado del producto vinculado es un reajuste de las cuotas empresariales, sin que ello se traduzca en un perjuicio para los consumidores manifestado en una elevación del nivel de precios.

Ahora bien, ¿es posible sostener esta afirmación en los casos en que ninguno de los mercados implicados es perfectamente competitivo y, por tanto, los precios en ambos se establecen por encima de los costes marginales de producción¹⁴⁷?

Diversos autores han examinado esta hipótesis, apuntando una serie de circunstancias que permiten mantener la viabilidad del *leverage* y, por tanto, la posibilidad de que la estructura del mercado del producto vinculado, propicie el surgimiento de efectos anticompetitivos de la práctica de vinculación¹⁴⁸.

La posibilidad real de explotación de una posición de poder de mercado depende, en gran parte, de la capacidad de respuesta o “contraataque” de las empresas competidoras. Las prácticas de vinculación pueden, según resulta de estos trabajos, afectar esa capacidad de respuesta, principalmente, en dos escenarios.

¹⁴⁷ Las estructuras de mercado, alejadas del modelo de competencia perfecta, son consideradas fallos de mercado.

¹⁴⁸ Vid. BISHOP/WALKER: *The Economics of EC Competition Law*, cit., pp. 215 y ss.; CARBAJO/MEZA/SEIDMANN: “A Stratetgic Motivation for Commodity Bundling”, 38, J.Indu.Econ., 1990, pp. 283 y ss.; DRAUZ: “Unbundling GE/HONEYWELL: The Assesment of conglomerate mergers under EC Competition Law”, cit., pp. 188 y ss.; KAPLOW: “Extension of monopoly power through leverage”, cit., pp. 515 y ss.; KRATTENMAKER/SALOP: “Anticompetitive exclusion: raising rivals’ costs to achieve power over price”, 96, *Yale Law Journal*, 1986, pp. 209 y ss.; NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, cit., pp. 26 y ss.; SEIDMANN: “Bundling as a Facilitating Device: A Reinterpretation of the Leverage Theory”, 58, *Economica*, 1991, pp. 837 y ss.; WAELBROECK, D.: “The Compatibility of Tying Agreements with Antitrust Rules: A Comparative Study of American and European Rules”, cit., pp. 54 y ss.; WHINSTON: “Naked Restrictions: Comment”, 1, *American Economic Review*, 2000, pp. 296 y ss.; IDEM: “Tying, Foreclosure and Exclusion”, 80, *AER*, 1990, pp. 837 y ss.

En primer lugar, los contratos vinculados pueden incidir sobre los incentivos de las empresas competidoras. En este sentido, diversos autores han señalado que estas conductas empresariales pueden ocasionar una disminución de la intensidad de la lucha competitiva entre las empresas operantes en el mercado del producto vinculado. La práctica de vinculación conduce a una reducción de los incentivos de las empresas competidoras para contrarrestar o enfrentarse a la actuación de la empresa que recurre a la misma¹⁴⁹.

No obstante, las principales críticas a las tesis de Chicago se centran en el posible efecto de la práctica de vinculación sobre la estructura de los mercados afectados y, en su potencial para dificultar o impedir la capacidad de reacción de las empresas competidoras, ya sea debido a la exclusión directa de éstas del mercado (*foreclosure*), a un incremento en sus costes de producción o a la erección de barreras de entrada que prevengan el desarrollo de una competencia potencial¹⁵⁰. A diferencia del supuesto anterior, estas teorías examinan la posibilidad de que el efecto de la práctica de vinculación sobre los competidores acabe derivando, a medio o largo plazo, en una lesión de los intereses de los consumidores¹⁵¹. La vinculación se examina aquí desde una perspectiva dinámica, como posible opción estratégica empresarial, por lo que remitimos el análisis de estas teorías al apartado siguiente, en el que se discute el carácter

¹⁴⁹ Esta hipótesis es desarrollada, principalmente, en los trabajos de CARBAJO, MEZA y SEIDMANN (*cit.*). Entre los distintos comentarios a esta teoría vid. BISHOP/WALKER: *The Economics of EC Competition Law*, *cit.*, pp. 210 y ss. y, de forma crítica, LARSON: "Antitrust tie-in analysis after Kodak: a comment", 63, ALJ, 1994-1995, pp. 238 y ss.

¹⁵⁰ Vid. el importante trabajo de WHINSTON: "Tying, Foreclosure and Exclusion", *cit.* El autor examina la racionalidad económica del *leverage* con arreglo a un modelo en el que se parte de la existencia de economías de escala en el proceso productivo del bien vinculado y, por tanto, de la estructura oligopolística de este mercado. En estos casos, el *tie-in* puede revelarse como una opción estratégicamente remunerativa para el monopolista ya que le permite modificar la estructura del mercado del producto vinculado (y, por tanto, los precios que otros modelos consideraban estables) hasta el punto de convertir en antieconómica la permanencia en el mercado de las empresas rivales. Efecto que se consigue mediante el cierre a los competidores de cuotas relevantes del mercado del producto vinculado.

¹⁵¹ En la hipótesis desarrollada por CARBAJO, MEZA y SEIDMANN no existe una lesión de los competidores de la empresa que recurre a la vinculación.

fundamentalmente estático del modelo empleado por la Escuela de Chicago para cuestionar la anticompetitividad de los contratos vinculados.

3.4. Análisis dinámico v. análisis estático.

Una de las principales críticas al análisis de la Escuela de Chicago sobre los efectos económicos de las prácticas de vinculación, reside en la incorrección metodológica del modelo utilizado, que ciñe el examen a los efectos a corto plazo o inmediatos de la conducta, desde una perspectiva puramente estática.

Las decisiones económicas empresariales son evaluadas sobre la base de la estabilidad de las situaciones de mercado que las determinan. Desde esta perspectiva, es posible afirmar la imposibilidad de funcionamiento del *leverage*, entendido como instrumento de extensión de una posición de poder económico entre mercados. A través de las prácticas de vinculación, la empresa no puede obtener un doble beneficio monopolístico. La imposición a los consumidores de un sacrificio suplementario (la restricción contractual), al constituir un agravamiento de las condiciones de la oferta, exige, normalmente, una paralela reducción de los precios. Es decir, la imposición de una práctica de vinculación no es una estrategia empresarial rentable, ya que supone siempre un coste para la empresa que recurre a la misma.

Ahora bien, este razonamiento se apoya en la invariabilidad de las condiciones de mercado a las que tiene que enfrentarse la empresa que decide recurrir a la vinculación, desconociendo la posibilidad de que la práctica empresarial se haya adoptado, precisamente, con la finalidad de corregir o modificar con el tiempo esas condiciones. El cambio de un modelo de análisis estático a un modelo de análisis dinámico, que tenga en cuenta los efectos a medio o largo plazo de la práctica empresarial, desmantela –o, al menos matiza–, las conclusiones de Chicago. La vinculación puede revelarse como una estrategia racional, aunque su rentabilidad no se revele de forma inmediata. Es decir, la vinculación puede ser utilizada, para

corregir en el tiempo las condiciones o estructura de los mercados afectados, asegurando a la empresa mayores beneficios a largo plazo, aún a riesgo de soportar determinados costes inmediatos¹⁵².

En la controversia sobre la extensión del monopolio, en cambio, se cree resolver un problema que afecta fundamentalmente a los efectos a largo plazo de las prácticas restrictivas con argumentos basados en su totalidad en una perspectiva de análisis estática¹⁵³. Y éste es el vicio de fondo de la teoría de la suma fija, que intentaría demostrar la imposibilidad para el monopolista de recabar beneficios con la extensión de su poder a un segundo mercado, sin preguntarse si estas ventajas no podrían depender, efectivamente, de las modificaciones a favor del monopolista de las condiciones de mercado que determinan ese poder y su consistencia¹⁵⁴.

Una perspectiva de análisis dinámica puede moverse desde las mismas premisas que un análisis estático: la idea de que las empresas busquen siempre la maximización de los beneficios económicos de su

¹⁵² Entre las principales críticas a la perspectiva estática utilizada por Chicago para evaluar la anticompetitividad de las conductas empresariales. Vid. CARLTON/WALDMAN: "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries", Working Paper 6831 en <http://www.nber.org/papers/w6831>; CELNICKER: "A response to Carson W. Bays's call for per se legality of tying arrangements", 28, ABLJ, 1990-1991, pp. 144 y ss.; CUCINOTTA: "Il regime monopolistico delle tying clauses", *cit.*, pp. 99 y ss.; FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo II, cit.*, pp. 805 y ss.; GRIMES: "Antitrust tie-in analysis after Kodak...", *cit.*, pp. 272 y ss.; KAPLOW: "Extension of monopoly power through leverage", *cit.*, pp. 527 y ss.; KRATTENMAKER/SALOP: "Anticompetitive exclusion: raising rivals' costs to achieve power over price", 96, *Yale Law Journal*, 1986, pp. 209 y ss.; NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects, cit.*, pp. 24 y ss.; STRASSER: "An Antitrust Policy for Tying Arrangements", *cit.*, pp. 266 y ss.; WAELBROECK, D.: "The Compatibility of Tying Agreements with Antitrust Rules:..", *cit.*, pp. 39 y ss.; WHINSTON: "Tying, Foreclosure and Exclusion", *cit.*, pp. 837 y ss.

¹⁵³ KAPLOW ("Extension of monopoly power through leverage", *cit.*, p. 528) denuncia la inconsistencia que resulta de la utilización de modelos dinámicos para evaluar el potencial lesivo de determinadas conductas empresariales como, por ejemplo, los precios predatorios y de modelos estáticos para analizar otras prácticas, como los contratos vinculados.

¹⁵⁴ Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo II, cit.* p. 805.

actividad, pero tendrá que tener en cuenta un número más alto de variables¹⁵⁵.

Así, la evaluación de los efectos económicos de la práctica no puede concluir con la apreciación de que la imposición de una práctica de vinculación constituye, permaneciendo invariables los otros elementos del contexto económico, un coste para la empresa. La posibilidad de que los efectos lesivos de la competencia no se manifiesten de forma inmediata exige la ponderación de una serie de factores, a fin de establecer la viabilidad estratégica de la conducta a medio o largo plazo.

En primer lugar, es necesario examinar la entidad o importancia del coste que el recurso a la práctica de vinculación le supone a la empresa. Si la práctica de vinculación no genera un gravamen excesivo, es probable que la empresa recurra a la misma a fin de asegurarse determinados beneficios a largo plazo, aunque éstos tengan un cierto carácter especulativo. La vinculación estratégica es más factible si los costes marginales del producto vinculado son nulos o muy reducidos, como, por ejemplo, en los casos de programas informáticos u otros productos amparados por un derecho de propiedad intelectual¹⁵⁶.

Asimismo, es preciso analizar el impacto previsible de la conducta de vinculación en las preferencias de los consumidores, en los costes de producción en los mercados afectados o en las necesidades financieras de

¹⁵⁵Evidentemente, los resultados de estos análisis dinámicos también serán más inciertos, desde el momento en que se basan en probabilidades de comportamiento futuro. Algunos autores denuncian el carácter especulativo y la dificultad de valoración de la utilización estratégica de las prácticas de vinculación. Vid. BAKER: "The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: ...", *cit*, p. 1271. Ahora bien, los análisis apriorísticos no son desconocidos en otras áreas del derecho de la competencia, siendo utilizados, por ejemplo, en la valoración de las políticas de precios predatorias o en el control de la concentración empresarial.

¹⁵⁶ Vid. BISHOP/WALKER: *The Economics of EC Competition Law*, *cit.*, p. 217; NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, p. 28; KAPLOW: "Extension of monopoly power through leverage", *cit*, pp.526 y ss.; OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002) 5, Background Note, p. 21.

los competidores, actuales o potenciales¹⁵⁷. Los costes sostenidos, podrían proporcionar una ventaja neta al monopolista, siempre que las condiciones restrictivas de la oferta generen mayores costes a los competidores que a la empresa que las utiliza. Esta posibilidad, ya reconocida por DIRECTOR como excepción a la imposibilidad de funcionamiento del *leverage*¹⁵⁸, será desarrollada fundamentalmente por KRATTENMAKER y SALOP¹⁵⁹, en un influyente artículo, en el que los autores intentan identificar las circunstancias o factores que determinan que una conducta excluyente acabe confiriendo a la empresa un poder de condicionamiento de los precios. Este resultado es posible si la conducta genera un incremento en los costes de los competidores. Incremento que, puede deberse a la exclusión de los competidores de un segmento de mercado significativo, porque relevante cuantitativamente o porque comprensivo de las ofertas que reflejan los costes de producción más bajos¹⁶⁰. Ahora bien, los autores introducen una cualificación, el aumento de los costes de los competidores

¹⁵⁷ Si la venta conjunta de dos bienes se impone en un determinado sector industrial, hasta el punto de hacer prácticamente imposible la adquisición individual de esos bienes, las nuevas empresas que tuvieran intención de empezar a producir uno de los bienes, se verían obligadas a ofrecer también el otro, lo que, evidentemente, supondría un aumento del capital necesario para acceder al mercado. La posibilidad de que el contrato vinculado diera lugar a la erección de barreras de entrada de naturaleza financiera fue reconocida ya –no sin cierto escepticismo– por el propio DIRECTOR (“Law and the future: Trade regulation”, *cit.*, p.291). Abandonada o menospreciada en los estudios posteriores de la Escuela de Chicago, ha sido considerada, no obstante, por numerosos autores. Vid. KAPLOW: “Extension of monopoly power through leverage”, *cit.*, pp. 537 y ss.; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 99 y ss.; SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, p.448; BLAKE/JONES: “In defense of antitrust”, *cit.*, pp. 392 y ss.

¹⁵⁸ Vid. DIRECTOR/LEVI: “Law and the future: Trade regulation”, *cit.*, p.290.

¹⁵⁹ Vid. KRATTENMAKER/SALOP: “Anticompetitive exclusion: raising rivals’ costs to achieve power over price”, *cit.*

¹⁶⁰ En un sentido similar, vid. NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 24 y ss.; VELTROP: “Tying and Exclusive purchasing arrangements under EC competition law”, 31, CMLR, 1994, p. 550. El análisis de WHINSTON (“Tying, Foreclosure and Exclusion”, *cit.*) también parte de la posibilidad de que la vinculación resulte una estrategia remunerativa, debido a la eventual exclusión de las empresas rivales de cuotas relevantes del mercado del producto vinculado. Para un desarrollo de los distintos modelos económicos utilizados por WHINSTON, vid. NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 58 y ss. Una exposición y comentario crítico en HYLTON/SALINGER: “Tying law and policy: a decision –theoretic approach”, *cit.*, pp. 488 y ss.; LARSON: “Antitrust tie-in analysis after Kodak: a comment”, *cit.*, pp.255 y ss.

no se traduce, necesariamente, en la adquisición de un mayor poder en los precios para la empresa que ha llevado a cabo la operación vertical. Es necesario controlar las características de la competencia en el mercado en el que se verifican las variaciones de costes, para verificar si las otras empresas o los competidores potenciales no están en condiciones de impedir una intervención en los precios a la empresa beneficiaria del acuerdo de exclusión¹⁶¹.

La idea que subyace en los distintos trabajos críticos es la posibilidad de que las prácticas de vinculación sean utilizadas para eliminar la competencia en un mercado de productos complementarios. Los competidores actuales o potenciales se encontrarán en situación de desventaja a la hora de suministrar o fijar los precios de sus bienes ya que, carecen de idéntico acceso a los productos complementarios requeridos, salvo que sean capaces de producirlos ellos mismos. Por ejemplo, si una empresa vincula el servicio de reparación a la venta de una máquina, esto puede acabar expulsando del mercado a los proveedores de servicio independientes, quién, a fin de poder seguir compitiendo en el mercado, deberían ofrecer una máquina rival.

La forma en la que la ventaja competitiva es adquirida es sutil, ya que opera a través de efectos accesorios que, pueden no resultar inmediatamente evidentes. Por ejemplo, puede ocurrir que la desaparición de los proveedores independientes no se produzca de forma inmediata o que, incluso, aunque así sea, la competencia en el mercado primario de las máquinas permita mantener bajo el coste vital de la máquina. Pero la falta de competencia potencial o la incapacidad de los competidores actuales de hacer frente a la empresa que recurre a la vinculación, puede variar la futura política de precios de ésta. El paso de una perspectiva estática a una dinámica pone de manifiesto la posible remunerabilidad de la práctica de vinculación y los alicientes que una empresa puede tener de recurrir a la

¹⁶¹ Vid. una panorámica de las distintas críticas de la doctrina económica a las teorías de KRATTENMAKER Y SALOP en MURIS: “The FTC and the law of monopolization”, *cit.*, pp. 713 y ss.

misma como opción estratégica de efectos beneficiosos a medio o largo plazo.

Por último, el análisis dinámico cobra también importancia en la determinación de los eventuales efectos de los contratos vinculados desde otra perspectiva. La vinculación, al margen de su trascendencia en la eficiencia en la asignación de recursos, puede afectar a la eficiencia dinámica. Aunque las reasignaciones de cuota de mercado no incidan sobre los precios o el nivel de producción del bien vinculado, sí implican una reducción de la presión competitiva, lo que puede acabar afectando negativamente al desarrollo tecnológico, al disminuir los incentivos para invertir en investigación y desarrollo¹⁶².

3.5. Conclusión

NALEBUFF, en su valoración de la trascendencia de la política de la Escuela de Chicago en materia de prácticas de vinculación, señala que estos autores han contribuido a delimitar los supuestos en los que el *leverage* resulta una amenaza factible, a través de la identificación de los casos en los que éste carece de viabilidad¹⁶³.

El argumento sobre la imposibilidad de funcionamiento del *leverage*, planteado por la Escuela de Chicago con pretensiones de generalidad y validez absoluta, ha visto reducido paulatinamente su alcance, como consecuencia de las matizaciones y apreciaciones críticas doctrinales. De hecho, la única conclusión cierta que cabe extraer de estos razonamientos

¹⁶² Este posible riesgo de las prácticas de vinculación está ya presente en los trabajos de AREEDA (*Antitrust Analysis, cit.*, pp. 569 y ss.) y SULLIVAN (*Handbook of the Law of Antitrust, cit.*, pp. 447 y ss.) y, por ejemplo, fue especialmente ponderado por la Comisión Europea en su decisión contra la empresa informática Microsoft. Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004 referente a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE. (Case COMP/C-3/37.792 *Microsoft*).

¹⁶³ Vid. NALEBUFF, DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects, cit.*, p. 20.

iniciales es que la utilización de productos independientes o complementarios utilizados en proporciones fijas, dadas determinadas características de los mercados, no conduce, a corto plazo, a la obtención de un doble beneficio monopolístico.

Incluso la utilidad de esta afirmación como prueba de la competitividad *per se* de las prácticas de vinculación y como sustento a una demanda de no intervención represora puede ser puesta en entredicho. Esta teoría presume que la demanda del consumidor viene referida a la totalidad del servicio, lo que resulta especialmente evidente en los casos de productos complementarios utilizados en proporciones fijas. Físicamente existen dos bienes, pero a ojos del consumidor existe un único bien¹⁶⁴. Esto introduce ya una primera consideración, que es la conveniencia, en primer lugar, de tratar estos supuestos como *tying arrangements*. Todo contrato vinculado presupone la existencia de, al menos, dos productos diferenciados. Como hemos tenido ocasión de analizar en apartados anteriores de este trabajo, la mera distintibilidad o separabilidad física no constituye un criterio adecuado de determinación de los bienes implicados en una transacción empresarial. La separabilidad relevante a efectos de identificación de una práctica de vinculación tiene naturaleza económica. Existirán dos productos distintos si existen dos mercados diversos¹⁶⁵. La identificación de dos productos y, por tanto, de dos mercados distintos, es una determinación previa a la valoración de los efectos sobre la competencia. Por tanto, el examen analítico del que se deduce el argumento de la suma fija podría ser utilizado, en determinadas hipótesis, para excluir, no tanto los efectos perjudiciales sobre la competencia, como la propia existencia de un contrato vinculado¹⁶⁶.

Los estudios posteriores y la propia realidad de los mercados han frustrado las aspiraciones de Chicago de encontrar una regla de validez general, que permita afirmar con absoluta –o suficiente– seguridad la

¹⁶⁴ El propio BOWMAN reconoce expresamente esta circunstancia. Vid. BOWMAN: “Tying arrangements and the leverage problem”, *cit.*, p. 21.

¹⁶⁵ Vid. *supra*, Capítulo II.II.

¹⁶⁶ Vid. CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 90 y ss.

benevolencia económica de las prácticas de vinculación. Los efectos de estas conductas empresariales sobre los niveles de producción o precios del mercado del producto vinculado son ambiguos. Las consecuencias económicas de prácticas excluyentes constituyen el objeto de un encarecido debate económico, en el que encuentran cabidas posturas más o menos intervencionistas¹⁶⁷. La posibilidad de que un contrato vinculado acabe conduciendo a la creación o refuerzo de posiciones de poder económico exige, necesariamente, el examen de las circunstancias particulares del caso concreto.

Ahora bien, en nuestra opinión, un mérito innegable de las aportaciones de la Escuela de Chicago, es la inauguración de un intento de racionalización económica de la política tradicional *antitrust* frente a las prácticas de vinculación. Racionalización, iniciada por Chicago y continuada en la literatura económica posterior que, si bien no ha tenido como resultado el establecimiento de reglas de validez universal, sí ha permitido identificar, con un alto grado de consenso, determinados factores que ayudan a las agencias administrativas o judiciales a prever o anticipar la incidencia competitiva de las prácticas de vinculación. Así, por ejemplo, el riesgo de lesiones a la competencia es mayor en los casos en los que existan posiciones de poder en todos los mercados implicados, relaciones de complementariedad o de sustituibilidad parcial entre los bienes vinculante y vinculado, costes marginales nulos o reducidos, etc.¹⁶⁸. Por el contrario, la posibilidad de que la conducta acabe teniendo una incidencia negativa disminuye si la estructura del mercado del producto vinculado es competitiva, si los bienes enlazados son independientes, si los costes de suministrar el producto vinculado junto al principal son elevados, etc.¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Vid. FOX: “U.S. and European Merger Policy- fault lines and bridges mergers that create incentives for exclusionary practices”, *cit.*, pp. 471 y ss.

¹⁶⁸ Vid. *in extenso*, NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 28 y ss. Vid. también VÖLCKER: “Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control”, *cit.*, pp. 596 y ss.

¹⁶⁹ La relevancia de otros factores, como, por ejemplo, la presencia de efectos de red en el mercado del producto vinculado es más discutida. Defendida por CARLTON/WALDMAN: “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, *cit.*, es criticada por otros autores, como MURIS:

Partiendo de la importancia innegable del debate económico suscitado en torno a los eventuales efectos de las prácticas de la vinculación en la eficiente asignación de los recursos, cabe señalar, no obstante, la distinta trascendencia del mismo en el ámbito estadounidense y en el ámbito europeo.

El concepto de lesión o daño a la competencia tiene distintas connotaciones y significados en Europa y en EE.UU. En el marco estadounidense, se utiliza como parámetro predominante de valoración de la anticompetitividad de una práctica empresarial, la restricción de la producción. Así, se considera que una conducta es lesiva de la competencia si –y sólo si– conduce a una limitación artificial de la producción y a un consiguiente encarecimiento de los precios para los consumidores. La agencia administrativa o el sujeto privado que pretenda cuestionar la conformidad de una práctica de vinculación con el Derecho *antitrust* deberá probar la existencia de esa lesión competitiva, es decir, tiene que demostrar que la misma conduce a precios supracompetitivos. Los tribunales, haciéndose eco de determinadas posturas post-Chicago, han acudido, en ocasiones, a una interpretación flexible del concepto de restricción de la producción. La ponderación de la eventual existencia de fallos en el mercado y el recurso a un análisis dinámico, permite condenar una conducta, aunque su carácter explotativo no resulte evidente de forma inmediata. Esta perspectiva abre el alcance de la sanción *antitrust* a conductas excluyentes que no se traducen en un inmediato perjuicio para los consumidores y, por tanto, a la posible utilización estratégica a medio plazo de las prácticas de vinculación¹⁷⁰. Ahora bien, la configuración eficientista del ilícito competitivo –articulado en torno al concepto de

“The FTC and the law of monopolization”, *cit.*, pp. 718 y ss. o HYLTON/SALINGER: “Tying law and policy: a decision –theoretic approach”, *cit.*, pp. 510 y ss.

¹⁷⁰ Por ejemplo, en el caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, se reconoció la trascendencia que, en la consolidación o no de posiciones de poder en el mercado, podría tener la existencia de asimetrías en la información. Ahora bien, en este caso, visto por algunos como un ataque frontal a Chicago y una afirmación de las teorías correctoras post-Chicago (vid. *supra*), existían evidencias ciertas de que el producto vinculado (servicios de asistencia y reparación) era ofrecido por la empresa Kodak a precios más elevados y con unas condiciones de calidad inferiores a las de los competidores.

explotación económica- exige al demandante la prueba sólida de un nexo de causalidad entre la conducta y el futuro daño a los consumidores. No bastaría demostrar que la conducta conduce a una exclusión relevante de competidores en el mercado del producto vinculado¹⁷¹. Es necesario, además, la constatación de factores y circunstancias del mercado que permitan augurar, con un grado elevado de certeza, que esa exclusión, necesariamente, va a acabar dando lugar a un poder de condicionamiento de los precios. De hecho, las principales críticas formuladas a la política *antitrust* post-Chicago es su difícil aplicabilidad por las agencias administrativas o por los tribunales de justicia. La utilización de modelos matemáticos complejos, unida a la necesidad de ponderar numerosísimos factores en la valoración económica de las conductas empresariales, dificulta la recepción plena de estas teorías. Su admisibilidad presenta el elevado riesgo de que las autoridades de la competencia se vean enfrentadas a la resolución de problemas que no sean capaces de administrar¹⁷².

En Europa, el ilícito competitivo tiene una configuración mucho más amplia, en la que encuentran cabida conductas excluyentes, no necesariamente explotativas. Las *Directrices relativas a las Restricciones Verticales* enumeran, entre los posibles efectos negativos de las prácticas de vinculación, la existencia de precios supracompetitivos (efecto explotativo) y lista una serie de factores que pueden propiciar la concreción de ese

¹⁷¹ Tampoco sería suficiente con demostrar que la conducta, si bien no excluye efectivamente a los competidores del mercado, les origina un encarecimiento de sus costes de producción, que puede conducir a un futuro incremento de los precios. Será necesario además, demostrar que ese encarecimiento de costes y, por tanto, la mengua de la fuerza competitiva en el mercado, no es resultado de la actuación más eficiente de la empresa que recurre a la vinculación.

¹⁷² Vid. HYLTON/SALINGER: “Tying law and policy: a decision –theoretic approach”, *cit.*, pp. 469 y ss.; HOVENKAMP: “The Reckoning of Post-Chicago Antitrust”, en AA.VV.: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, ed. CUCINOTTA/PARDOLESI/VAN DER BERGH, Cheltenham-Northampton, 2002, pp. 1 y ss.; LOPATKA/PAGE: “Obvious consumer harm in antitrust policy: The Chicago School, the Post-Chicago School and the Courts”, en AA.VV.: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, *cit.*, pp. 129 y ss. Estos autores examinan, partiendo de la complejidad de los análisis económicos Post-Chicago, la distinta acogida que cabe prever de sus principales aportaciones y planteamientos en la práctica judicial.

efecto¹⁷³. Ahora bien, la reducción de la producción o la elevación de los precios no cierra el listado de las consecuencias anticompetitivas de estas prácticas empresariales. Inmediatamente a continuación, las Directrices señalan que la anticompetitividad de la conducta puede resultar de la exclusión de los competidores o de la erección de barreras de entrada. Como tendremos ocasión de analizar detalladamente en el apartado siguiente, en el caso europeo no es tan necesario como en el estadounidense, encontrar un vínculo cierto y sólido entre “exclusión de los competidores” y “explotación de los consumidores”. Si bien es cierto que, si se consigue demostrar el efecto explotativo inmediato de la conducta, ésta sería objeto automático de condena, al demandante le bastaría con probar que la vinculación origina una exclusión relevante (*foreclosure*) en el mercado del producto vinculado para conseguir una primera presunción de anticompetitividad, trasladándose a la empresa demandada la carga de justificar esa conducta.

D) EXCLUSIÓN EN EL MERCADO DEL PRODUCTO VINCULADO (FORECLOSURE). ERECCIÓN DE BARRERAS DE ENTRADA

“We protect competition, you protect competitors”¹⁷⁴

1. Panorámica

Las prácticas de vinculación constituyen, junto a los acuerdos de aprovisionamiento exclusivo y las operaciones verticales de concentración,

¹⁷³ “La vinculación también puede llevar a precios supracompetitivos, especialmente en tres tipos de situaciones. En primer lugar, cuando los bienes vinculante y vinculado son parcialmente sustituibles desde el punto de vista del comprador. En segundo lugar, cuando la vinculación permite que se produzcan discriminaciones de precios en función del uso que haga el cliente del bien vinculante (...). En tercer lugar, cuando en el caso de contratos a largo plazo o de contratos suscritos en un mercado secundario con respecto a un equipo original con un plazo largo de sustitución, resulta difícil para los clientes calcular las consecuencias de la vinculación”. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 217.

¹⁷⁴ Declaración del fiscal general estadounidense, Charles A. James, con respecto a la decisión de la Comisión Europea de prohibir la operación de concentración proyectada entre las empresas Honeywell y General Electrics, disponible en www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2001/8510.htm.

uno de los supuestos paradigmáticos de conductas excluyentes, es decir, de prácticas cuyo efecto más directo e inmediato se produce respecto de los competidores de la empresa que recurre a las mismas. La esencia de las conductas excluyentes radica en su potencial para impedir a los competidores el acceso a un mercado que, en condiciones normales –es decir, de no mediar éstas- les sería accesible.

Las prácticas de vinculación, al imponer a los clientes la necesaria contratación de un segundo producto, limitan las posibilidades de venta de las empresas operantes en el mercado del producto vinculado. La empresa que recurre a la vinculación se garantiza así un determinado segmento del mercado, cerrándolo a sus competidores.

La práctica es susceptible de desplegar efectos, no sólo sobre los competidores actuales, sino, incluso, respecto de los eventuales competidores potenciales, dificultando su acceso al mercado mediante la erección o el refuerzo de barreras de entrada, fundamentalmente de naturaleza financiera. Así, si una empresa posee poder en el mercado del producto principal y la única o primordial utilización del producto vinculado es en conjunción con el principal, la vinculación obstaculiza el acceso de terceros, haciendo necesario para un potencial competidor en uno de los productos, entrar en el mercado de ambos productos al mismo tiempo, lo que, debido fundamentalmente a los costes de capital, resulta generalmente más gravoso que la entrada en uno sólo de los mercados¹⁷⁵.

Los efectos de las restricciones de carácter excluyente sobre el desarrollo y resultado de los mercados no pueden ser generalizados. En principio, la exclusión puede conducir a un funcionamiento más eficiente del mercado si, por ejemplo, constituye un medio de atacar problemas de parasitismo o, sobre todo, si permite la consecución de eficiencias y la reducción de los

¹⁷⁵ Así, por ejemplo, continuando con el ejemplo de la vinculación entre tuercas y tornillos utilizado por HOVENKAMP, si el productor monopolístico de tuercas fuerza a todos sus consumidores a adquirir tornillos a su vez, cualquier productor potencial de tuercas se vería obligado a entrar también en el mercado de tornillos, ya que si no, sus clientes (compradores de tuercas) no tendrían una fuente de tornillos.

costes de producción¹⁷⁶. No obstante, estas conductas también pueden resultar dañinas si impiden o dificultan a otras empresas más eficientes el acceso a los mercados. Por último, en ocasiones, carecen de efectos apreciables sobre el desarrollo del proceso competitivo, así, por ejemplo, pueden conducir a una reasignación de las cuotas de las distintas empresas operantes en un determinado mercado, pero no provocar ningún cambio en la intensidad de la competencia en el mismo.

Esta misma ambigüedad es predicable respecto de los posibles efectos económicos de una normativa represora de las prácticas excluyentes. Su prohibición puede conducir a un incremento de los precios y a una lesión de los intereses de los consumidores si desemboca en la protección de competidores ineficientes, aislándolos de los riesgos inherentes al propio desarrollo del proceso competitivo o bien, puede vigorizar la competencia en los mercados, favoreciendo la existencia de precios más bajos y la innovación tecnológica, al permitir a las empresas carentes de poder económico el acceso a los mercados sin obstáculos artificiales.

¿Cómo se concilian los distintos intereses implicados? ¿Qué parámetros son tenidos en cuenta en las distintas jurisdicciones para arbitrar reglas de análisis que posibiliten, tanto la prevención de los efectos dañinos de estas conductas, como la consecución de los eventuales beneficios económicos asociados a las mismas?

Como tendremos ocasión de examinar en el siguiente apartado, existen notables divergencias entre las soluciones adoptadas en el Derecho *antitrust* estadounidense, al menos en el momento actual, y en el Derecho comunitario europeo. Diferencias que, como señala FOX, son, en realidad,

¹⁷⁶ La Comisión en las *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafos 115 y ss., lista una serie de posibles efectos beneficiosos de las restricciones verticales, entre los cuales destaca: la resolución de problemas de parasitismo, la apertura o introducción en nuevos mercados, la consecución de economías de escala en la distribución de los productos o la uniformidad y normalización de la calidad.

reflejo de los distintos valores y perspectivas que informan cada uno de estos dos sistemas de Derecho de la competencia¹⁷⁷.

El núcleo del presente análisis lo constituye la política adoptada, tanto en Europa como en EE.UU., frente a conductas excluyentes, con un impacto claro e inmediato sobre los competidores, no necesariamente explotativas, es decir, que no repercuten directamente en los intereses de los consumidores. La pregunta que es necesario plantearse es si existe una ofensa excluyente en sí misma considerada o, si el ilícito competitivo requiere, necesariamente, la presencia de un efecto explotativo; efecto que, en ocasiones, puede ser articulado a través de la exclusión de los competidores del mercado¹⁷⁸.

2. La exclusión anticompetitiva en el sistema estadounidense: hacia un ilícito competitivo de naturaleza puramente explotativa.

En EE.UU., la política *antitrust* frente a las conductas excluyentes ha sido objeto de una progresiva redefinición. Desde los años cincuenta hasta los años setenta, la exclusión de los competidores no basada en los superiores méritos empresariales de la empresa en posición dominante, se consideraba anticompetitiva, con independencia de sus efectos inmediatos en el nivel de producción o precios de un mercado dado. La ley no reacciona frente a las conductas que excluyen a otros competidores porque los cambios de cuota de mercado de una empresa a otra vayan a dar lugar a una reducción de la producción y a una subida de precios. El acceso a los mercados, el mantenimiento de estructuras de mercado lo más competitivas

¹⁷⁷ FOX: “U.S. and European Merger Policy- fault lines and bridges mergers that create incentives for exclusionary practices”, *cit.*, pp. 471 y ss.; IDEM: “Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization” en AA.VV.: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, *cit.*, pp. 76 y ss.; FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust, Supp.*, *cit.*, p. 68.

¹⁷⁸ En el primer capítulo de este trabajo, referido a las distintas funciones del Derecho de la libre competencia, ya tuvimos ocasión de examinar este problema. Cuestión que retomamos, de manera sucinta –y con las necesarias referencias a ese capítulo–, ya con expresa referencia a la posible exclusión de competidores como efecto anticompetitivo específico de las prácticas de vinculación.

posibles y el desarrollo del proceso competitivo sobre la base de los méritos empresariales son objetivos dignos de protección en sí mismo considerados¹⁷⁹. No se creía o no existía la preocupación de que la protección específica del derecho de acceso de los agentes económicos y de la oportunidad de todos ellos de actuar en el mercado sobre la base de sus propios méritos, pudiera suponer un impedimento u obstáculo para el desarrollo de empresas eficientes. Es más, la tutela de estos objetivos se consideraba una forma de garantizar la eficiencia en el mercado¹⁸⁰.

Esta concepción del ilícito competitivo se reflejaba en la política judicial y administrativa frente a los acuerdos de aprovisionamiento exclusivo¹⁸¹, las concentraciones verticales y conglomerales¹⁸² y, especialmente, las prácticas de vinculación¹⁸³. La exclusión de los competidores constituía el centro del juicio de anticompetitividad de estas conductas empresariales¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Vid. NOTE: “The Logic of Foreclosure: Tie-in Doctrine after Fortner v. U.S. Steel”, 79, Yale Law Journal, 1969, pp. 93 y ss.

¹⁸⁰ Vid. *in extenso, supra*, Capítulo I.

¹⁸¹ Vid. jurisprudencia citada en Capítulo I, nota 160 y, especialmente, el caso *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293, 1949, en el que el Tribunal Supremo afirma expresamente que una práctica empresarial será ilegal si conduce a una exclusión de los competidores de un porcentaje sustancial del mercado.

¹⁸² Vid. jurisprudencia recogida en Capítulo I, nota 163.

¹⁸³ Vid. *ad.ex.*, *United States v. Loew's Inc.*, *cit.*; *Fortner Enterprises v. United States Steel (Fortner I)*, *cit.*; *Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100 (1969); *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953). Vid. Un análisis de la racionalidad informadora de estos pronunciamientos judiciales centrados en los efectos de exclusión o cierre, desde una perspectiva tanto jurídica como económica en, NOTE: “The Logic of Foreclosure...”, *cit.*, pp. 86 y ss.

¹⁸⁴ Esta perspectiva está presente en numerosos trabajos doctrinales, que defienden como efectos anticompetitivos principales de las prácticas de vinculación, la exclusión injustificada de competidores, la modificación de las estructuras de los mercados mediante la creación de barreras de entrada y el freno a la competencia dinámica -innovación y desarrollo tecnológico- como consecuencia de la reducción de la presión competitiva. Vid. entre las principales contribuciones: AREEDA: *Antitrust Analysis*, *cit.*, pp. 569 y ss.; AUSTIN: “The Individual Coercion Doctrine in Antitrust Analysis”, *cit.*, pp. 1143 y ss.; BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 297 y ss.; TURNER: “The validity of tying arrangements under the antitrust laws...”, *cit.*, pp. 773 y ss.; STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 266 y ss. Sobre la importancia tradicional del cierre de mercados como objetivo específico del derecho *antitrust* estadounidense, vid.

En las dos últimas décadas, se observa un progresivo alejamiento de esta primera postura. Fundamentalmente, debido a la influencia de la Escuela de Chicago, empieza a consolidarse una regla de no intervención, a menos que las conductas empresariales den lugar, con un alto grado de probabilidad, a una reducción del excedente del consumidor. La actitud tradicionalmente mantenida frente a las conductas excluyentes es acusada de infundada económicamente, de constituir un parapeto de competidores ineficientes y de lesionar los intereses de los consumidores¹⁸⁵.

Los contratos vinculados serán objeto de un especial ataque doctrinal, cuestionándose la relevancia, desde el punto de vista *antitrust*, de las preocupaciones tradicionalmente asociadas a estas figuras, es decir, tanto de la posible exclusión de competidores del mercado del producto vinculado como de la creación o refuerzo de las barreras de entrada.

Por lo que se refiere al efecto de las prácticas sobre los competidores actuales, se plantean, principalmente, dos órdenes de críticas. En primer lugar, se parte de que toda actividad comercial lleva implícita la exclusión, de ahí que los contratos vinculados no deban ser objeto de una condena especial. Cualquier elección de un comprador conduce a la eliminación de otras opciones menos deseables, lo que constituye, en esencia, una consecuencia necesaria del principio de soberanía del consumidor en un sistema de libre mercado. Inhibir estas opciones y contratos supondría, en realidad, una restricción del comercio. El objetivo principal de un sistema de libre mercado es proporcionar un mecanismo para la satisfacción de las necesidades de los consumidores. En este proceso, las empresas ineficientes y las que no calcularon bien, deben abandonar. Si el Derecho *antitrust* se interpretara como un refugio o asilo para estos productores, se

KAUPER: "The Warren Court and the antitrust laws: of economics, populism and cynism", 67, *Michigan Law Review*, 1968, pp. 329 y ss.

¹⁸⁵ Vid. *in extenso*, *supra*, Capítulo I.I.

convertiría en un subsidio de proporciones masivas que no tendría aceptación en el modelo económico estadounidense¹⁸⁶.

Pero las principales críticas se centran en denunciar la inevitabilidad y la peligrosidad del efecto de exclusión. La exclusión de competidores no es inevitable, así, por ejemplo, si la práctica de vinculación es utilizada como un instrumento de discriminación en los precios, el único interés de la empresa es la utilización de la vinculación como instrumento de medición de la distinta valoración de sus productos por parte de los consumidores. Si otros proveedores ofrecen el producto vinculado a precios competitivos, una empresa maximizadora de beneficios, estará incentivada a adquirir esos productos a los terceros –que producen a costes más bajos- para incluirlos posteriormente en el paquete¹⁸⁷. La exclusión, además, puede ser puramente incidental si existen otros usos para el producto vinculado al margen de su utilización complementaria con el bien principal. Los *tying arrangements* no excluirán a los competidores si existen otros mercados en los que éstos puedan colocar sus productos.

Incluso en los casos en los que la práctica empresarial claramente tiende a una exclusión de los competidores del acceso a insumos o a canales de distribución de sus productos, no cabe deducir automáticamente una lesión a la competencia. Estas conductas excluyentes, en la mayoría de los casos,

¹⁸⁶ Vid. PEARSON: “Tying arrangements and the antitrust policy”, *cit.*, pp. 633 y ss.; BOWMAN: “Tying arrangements and the leverage problem”, *cit.*, pp. 20 y ss.

¹⁸⁷ En este sentido, vid. GELLHORN/KOVACIC: *Antitrust Law and Economics*, *cit.* pp.330 y ss., quienes defienden que las barreras de entrada constituyen un estímulo a la búsqueda de soluciones más eficientes, que permitan producir los productos a un menor coste. El monopolista del producto principal, por tanto, estaría incentivado a mantener la estructura competitiva del mercado del producto vinculado, ya que podría servirse de las soluciones más eficientes que se produjeran en el mismo, disminuyendo así sus costes y aumentando sus beneficios. Examinando las circunstancias fácticas del caso *IBM v. United States* (vid. *supra*), los autores concluyen que el interés real de la empresa residía en obtener los mayores beneficios posibles en los servicios de perforación, por lo que, bien fabricaría el mismo las tarjetas o se las compraría a otros, dependiendo de qué alternativa supusiera un menor precio. Si una empresa hubiera conseguido ofrecer tarjetas a un precio inferior al de IBM, ésta se las hubiera comprado, usándolas en el paquete máquinas perforadoras/tarjetas. Vid. también SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, *cit.*, p.257-258.; BAYS: “Tying arrangements should be per se legal”, 26, ABLJ, 1988, pp. 651 y ss.

son eficientes y carecen de efectos perjudiciales sobre los niveles de producción o precios y, por tanto, sobre los consumidores¹⁸⁸.

La posibilidad de que los contratos vinculados den lugar a la creación o al refuerzo de barreras de entrada también será cuestionada desde diversas perspectivas. Así, algunos autores rechazan el argumento de las dificultades a las que pueden enfrentarse los competidores potenciales para reunir el capital necesario para entrar en ambos mercados a la vez (barreras financieras), por excesivamente infundado o especulativo¹⁸⁹. Otro sector doctrinal defiende que las barreras de entrada no se crearían a menos que la práctica de vinculación supusiera una reducción de los costes de la empresa¹⁹⁰, es decir, en los casos en que la práctica es económicamente eficiente y, por tanto, socialmente deseable¹⁹¹.

¹⁸⁸ Vid. BORK: *The Antitrust Paradox*, *cit.*, pp. 374 y ss.; EASTERBROOK: "Is there a Ratchet in Antitrust Law?", 60, *Texas Law Review*, 1982, pp. 705 y ss.; IDEM: "On identifying exclusionary conduct", *cit.*, pp. 972 y ss.; IDEM: "The limits of antitrust", 63, *Texas Law Review*, 1984, pp. 1 y ss.; IDEM: "Vertical Arrangements and the Rule of Reason", 53, *ALJ*, 1984, pp. 135 y ss.; POSNER: *Antitrust Law*, 2d ed., *cit.*, pp. 193 y ss.

¹⁸⁹ Vid. PEARSON: "Tying arrangements and the antitrust policy", *cit.*, pp. 635 y ss., quién sólo otorga viabilidad al argumento de las barreras de entrada en los casos en que la empresa posea poder en el mercado del producto principal, de tal forma que no existan sustitutos razonables del producto principal. En un sentido similar, HOVENKAMP reconoce que la teoría de la exclusión podría funcionar en los casos en los que exista un monopolio legal en el mercado del producto principal, utilizando como ejemplo la conducta de la compañía telefónica AT&T, quién, durante muchos años, forzó a los arrendatarios de una línea telefónica a alquilar los aparatos telefónicos de la compañía. Como AT&T tenía un monopolio legal en las líneas de teléfono, este acuerdo efectivamente tenía como efecto excluir a las compañías vendedoras de aparatos telefónicos (con excepción de su propia filial) de un sector muy importante del mercado.

¹⁹⁰ Vid. HOVENKAMP (*cit.*) continuando con el ejemplo anteriormente expuesto de la vinculación entre tuercas y tornillos. Si la producción integrada de tuercas y tornillos no conduce a un ahorro de costes, entonces dos empresas independientes operando en cada nivel serían todavía capaces de competir con el monopolista. Sin embargo, si la venta o producción integrada es más barata, el contrato vinculado puede dar lugar a la erección de una barrera de entrada. A un distribuidor le cuesta 10 vender tuercas y a otro le cuesta 7 vender tornillos, pero como consecuencia de eficiencias en la distribución, un solo distribuidor puede vender ambos productos en un paquete por 16. En este caso, el contrato vinculado crearía una barrera de entrada. Cualquiera que quiera competir efectivamente con el distribuidor deberá vender a su vez este paquete.

¹⁹¹ Vid. BUTLER/LANE/PHILIPS: "The Futility of Antitrust attacks on tie-in sales: an economic and legal analysis", *cit.*, 1984, pp. 181 y ss.; BAYS: "Balancing the benefits and costs of the tying prohibition", *cit.*, pp.161 y ss.; IDEM: "Tying

Estas críticas se enmarcan dentro de una nueva concepción del Derecho de la competencia, de sus objetivos y de su alcance, que acabará imponiéndose en la práctica de las agencias administrativas y los tribunales de justicia, hasta alcanzar un papel preponderante en la actualidad. Se abre camino un cambio de actitud frente a las conductas empresariales excluyentes. La inicial ambigüedad que caracterizaba sus efectos sobre la competencia será sustituida por una sólida presunción de eficiencia que, sólo puede ser rebatida probando la existencia de un perjuicio efectivo e inmediato a los consumidores. La conducta de una empresa actuando de manera independiente en el mercado, se considera, como regla general, eficiente. Se asume que si una conducta no causa –con suficiente certeza– una lesión a los consumidores, manifestada en una subida artificial de los precios, es beneficiosa, con independencia de su posible impacto respecto a los competidores. La persecución de conductas meramente excluyentes redonda en una tutela de competidores ineficientes y, por tanto, en un perjuicio de los intereses de los consumidores y del mercado, en general¹⁹².

Esta política descansa en una particular concepción del comportamiento y capacidad de reacción de los operadores económicos que se ven enfrentados a estrategias excluyentes por parte de empresas en posición dominante. Se presume que las empresas eficientes encontrarán una forma de maniobrar y evitar el impacto de las restricciones excluyentes, que batallarán, que tendrán la capacidad y dispondrán de los recursos

arrangements should be per se legal”, *cit.*, pp. 625 y ss. Para una revisión crítica sobre la afirmación de que, como regla general, las barreras de entrada son perjudiciales para los consumidores sólo cuando son ineficientes, vid. KAPLOW: “Extension of monopoly power through leverage”, *cit.*, pp. 537 y ss.; CELNICKER: “A response to Carson W. Bays’s call for per se legality of tying arrangements”, *cit.*, pp. 156 y ss.

¹⁹² Esta postura es defendida, *ad. ex.*, por MURIS, Director del Departamento de Competencia de la FTC, desde 1983 a 1985, quién critica, en un artículo, relativamente reciente, diversas actuaciones de la FTC que se separan de este patrón e identifican –o al menos facilitan la identificación– entre daño a los competidores y daño a la competencia. Vid. MURIS: “The FTC and the law of monopolization”, *cit.*, pp. 693 y ss. Critican este artículo BALTO/NAGATA: “Proof of competitive effects in monopolization cases: a response to Prof. Muris”, 68, ALJ, 2000, pp. 309 y ss., ofreciendo MURIS la contraréplica en MURIS: “Anticompetitive effects in monopolization cases: a reply”, 68, ALJ, 2000, pp. 325 y ss.

necesarios para disminuir sus costes, mejorar sus productos y contrarrestar la acción de la empresa dominante. Es más, incluso aunque los competidores actuales no consigan vencer en esa lucha competitiva, se confía en que otras empresas entrarán en el mercado y se enfrentarán a la empresa en posición de poder¹⁹³.

En conclusión, en EE.UU., el parámetro, hoy dominante, de valoración de la anticompetitividad de las conductas empresariales (restricción artificial de la producción) consolida un ilícito competitivo de naturaleza puramente explotativa. La mera exclusión de competidores del mercado no constituye un efecto anticompetitivo. Para condenar la conducta no basta con probar la exclusión relevante de competidores, es necesario, además, demostrar un efecto adverso en el bienestar de los consumidores, es decir, es preciso probar la existencia de un menor nivel de producción o de precios más altos, en el mercado del producto vinculado o del producto principal, como consecuencia de la conducta.

La protección del mercado frente a exclusiones injustificadas sólo podría llevarse a cabo de forma indirecta, mediante una interpretación amplia del concepto de restricción de la producción, que permita la ponderación de los efectos a medio o largo plazo de la conducta y, por tanto, del eventual nexo causal entre exclusión inmediata y explotación mediata. La protección de los competidores encontraría cabida en el marco de esta política articulada en atención al impacto de una práctica en el nivel de producción del mercado, si existiera una conexión racional y demostrable entre daño a los competidores y daño a la competencia¹⁹⁴.

¹⁹³ Vid. FOX: “U.S. and European Merger Policy- fault lines and bridges mergers that create incentives for exclusionary practices”, *cit.*, pp. 475 y ss.

¹⁹⁴ Es necesario precisar que, si bien la anteriormente expuesta es la postura predominante en EE.UU., no tiene un carácter monolítico. Diversos pronunciamientos judiciales se han separado de este parámetro de restricción de la producción y han ponderado la posible anticompetitividad de exclusiones injustificadas en sí mismas consideradas, como, por ejemplo, el citado caso *3M v. LePage's*. La existencia de una pluralidad de teorías doctrinales sobre los posibles efectos económicos de las prácticas excluyentes, que fundamentan posturas más o menos intervencionistas, facilita también que las autoridades de la competencia puedan, sin separarse formalmente del parámetro de la restricción de la producción, condenar conductas susceptibles de alterar la estructura competitiva

3. La exclusión considerable y no justificada de competidores como efecto anticompetitivo específico en el ámbito europeo

La tradición europea en materia de prácticas excluyentes es muy diversa a la política predominante en la actualidad en EE.UU. La configuración del ilícito competitivo plasmada en el Tratado de Roma no se articula en torno a la restricción de la producción o maximización del bienestar económico del consumidor, sino que descansa, fundamentalmente, en el concepto de “falseamiento” de la competencia. En el artículo 3 del Tratado CE, se incluye, entre los instrumentos necesarios para la consecución del mercado común y la armonización de las políticas económicas de los Estados miembros: “un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado común”. Este principio general informa y, por tanto, con arreglo al mismo han de ser interpretadas, las prohibiciones específicas de acuerdos restrictivos de la competencia y de abuso de posición dominante contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado, respectivamente.

El concepto de falseamiento o distorsión de la competencia alcanza, no sólo a conductas empresariales susceptibles de explotar directamente a los consumidores a través de la imposición de precios artificialmente elevados u otras condiciones inequitativas, sino también, muy especialmente, a todas aquellas prácticas empresariales que puedan alterar la estructura competitiva de los mercados, excluyendo a competidores actuales o dificultando o impidiendo el libre acceso a los mismos por parte de terceras empresas. La exclusión injustificada de competidores en sí misma considerada, con independencia de ulteriores efectos en los niveles de producción o precios, forma parte del concepto europeo de ilícito competitivo¹⁹⁵.

de los mercados y cuyo impacto sobre los consumidores no resulta inmediatamente evidente.

¹⁹⁵ Vid. *in extenso*, Capítulo I,

Esta condena de las prácticas empresariales excluyentes no justificadas en base a los superiores méritos empresariales de la empresa o empresas que las utilizan, se apoya en un principio fundamental informador del Derecho de la competencia comunitario europeo. La necesidad de proteger el derecho de los agentes económicos a acceder a los mercados sobre la base de sus propios méritos y a no ser excluidos como consecuencia de obstáculos artificiales, originados por empresas en situaciones de superioridad económica¹⁹⁶. La preservación de esta libertad se considera esencial para garantizar la legitimidad del proceso competitivo y para asegurar el beneficio de todos los sujetos que participan en el mercado: empresas y consumidores¹⁹⁷. La necesidad de mantener estructuras de mercado abiertas y de tutelar el derecho de acceso de los operadores económicos es acorde, además, con el objetivo integracionista del Derecho de la competencia europeo. Objetivo que obliga a reaccionar contra aquellas prácticas empresariales que puedan conducir a la tabicación de los mercados nacionales¹⁹⁸.

La protección de los mercados frente a exclusiones injustificadas no constituye sólo una forma indirecta de prevenir futuros daños a los consumidores, es decir, una regla truncada de la que quepa inferir posibles restricciones artificiales de la producción. La conformación del cierre de los mercados como ilícito competitivo es más que una inferencia fáctica, es una presunción legal, basada en la percepción o creencia de que es más probable que los mercados se desenvuelvan conforme al principio meritocrático si no se ven obstaculizados por exclusiones sustanciales injustificadas. Es más, el Derecho antimonopolio europeo descansa en el

¹⁹⁶ Vid. FOX: “What is harm to competition?..”, *cit.*, pp. 370 y ss.; EILMANSBERGER: “How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC...”, *cit.*, pp. 133 y ss.

¹⁹⁷ Vid. las reflexiones de la Comisión contenidas en el caso *Microsoft* (*cit.*). “En el Derecho de la competencia comunitario, la existencia de un proceso competitivo sin distorsiones constituye un valor en sí mismo considerado, ya que genera eficiencia y crea un clima proclive a la innovación y al desarrollo” o “El mantenimiento de mercados competitivos de manera que las empresas triunfen o fracasen sólo en atención a sus propios méritos es un importante objetivo de la política europea en materia de competencia”.

¹⁹⁸ Vid. *supra*, Capítulo I.II.B.3

convencimiento de que, aunque no pueda saberse con certeza la dirección o las consecuencias que de una competencia abierta puedan esperarse, es preferible confiar en que sea ella quién defina los resultados futuros de los mercados, que las estrategias de las empresas en posición dominante¹⁹⁹.

Esta filosofía informa la valoración de la anticompetitividad de las conductas empresariales, tanto con arreglo al artículo 81 como, fundamentalmente, bajo el artículo 82 del Tratado CE²⁰⁰.

Como tuvimos ocasión de examinar detenidamente en apartados anteriores²⁰¹, el concepto de abuso utilizado en el artículo 82 abarca, tanto prácticas directamente lesivas de los intereses de los consumidores o proveedores de la empresa en posición dominante (abuso explotativo), como conductas cuyo principal efecto es la exclusión o cierre de mercados (abuso monopolización²⁰² o abuso anticompetitivo²⁰³). Así, el artículo 82 ha sido frecuentemente utilizado para intervenir contra determinados comportamientos por parte de empresas en posición dominante cuyo efecto principal era obstaculizar el acceso de terceros al mercado o su eliminación del mismo. Comportamientos tales como, la celebración de acuerdos de

¹⁹⁹ MARENCO, en el examen de la noción y fundamento del abuso anticompetitivo, condensa esta filosofía al señalar que “la norma se limita a restablecer mejores condiciones de competencia, confiando en último término, en el libre juego o desenvolvimiento de ésta”. MARENCO: “Le due anime dell’ articolo 86”, *cit.*, p. 26.

²⁰⁰ Filosofía también muy presente, como tuvimos ocasión de poner de manifiesto a través del análisis de las decisiones de la Comisión en el caso *Tetra Laval/Sidel y GE/Honeywell* (*supra*) en el ámbito del control de la concentración empresarial.

²⁰¹ Vid. *supra*, Capítulo I.II.B.2, 2.2.

²⁰² Este es el término utilizado por FRIGNANI y WAELBROECK, para referirse a aquellas conductas de la empresa dominante cuyo efecto principal se despliega sobre los competidores, afectando a la conformación de la estructura de los mercados. Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo I, cit.*, pp. 363 y ss.

²⁰³ En el célebre caso *Continental Can*, el Tribunal de Justicia reconoce, por vez primera, la aplicabilidad del artículo 82 a conductas empresariales unilaterales susceptibles de afectar a la estructura competitiva de los mercados implicados. “El artículo 82 no contempla solamente las prácticas susceptibles de causar un perjuicio inmediato a los consumidores sino, igualmente, las que le ocasionan un daño indirecto al atentar contra una estructura de competencia efectiva”. Vid. un comentario en WHISH: *Competition Law, cit.* pp. 196 y ss.

aprovisionamiento exclusivo²⁰⁴, la aplicación de descuentos o rebajas de fidelidad²⁰⁵, y la imposición de prácticas de vinculación.

En el caso *Eurofix/Bauco v. Hilti*²⁰⁶, la Comisión consideró que el principal efecto anticompetitivo que se derivaba de la conducta de Hilti, junto a la limitación de la libertad de elección de los consumidores, era “los intentos de impedir o limitar la entrada en los mercados delimitados de fabricantes independientes de artículos correspondientes compatibles con Hilti, que pudieran amenazar su posición dominante”²⁰⁷. En *Napier Brown-*

²⁰⁴ Vid. *ad.ex.*, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc., v. Comisión*, Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973; *Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v. Comisión*, Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1975; *Hoffman-La Roche v. Comisión*, Sentencia de TJCE de 13 de febrero de 1979, dónde se fundamenta el posible carácter abusivo de los acuerdos de aprovisionamiento, si son realizados por empresas en posición dominante: “Los acuerdos de aprovisionamiento exclusivo..., con o sin la contrapartida de descuento o la concesión de descuentos de fidelidad con vistas a incitar al comprador a aprovisionarse exclusivamente de la empresa en posición dominante, son incompatibles con el objetivo de una competencia no falseada en el Mercado común porque no reposan sobre una prestación económica que justifique esta carga o esta ventaja, sino que tienden a quitar al comprador, o a restringir en su origen, la posibilidad de elección de sus fuentes de aprovisionamiento y a *obstruir el acceso a los demás productores*”. En este caso también se establece expresamente que el hecho de que el cliente haya entrado voluntariamente en el acuerdo –o, incluso, que la exclusividad responda a su propia solicitud- no constituye una defensa válida, ya que el núcleo del problema, en estos casos, no es si el acuerdo es opresivo para el consumidor, sino si conduce a la exclusión de terceras empresas en un mercado relevante; *BPB Industries Plc. y British Gypsum Ltd. v. Comisión*, Sentencia del TPI de 1 de abril de 1993; *Almelo v. Nv Energiebedrijf Ijsselmij*, Sentencia del TJCE de 27 de abril de 1994. Vid. también la decisión de la Comisión en el caso *Van den Bergh Foods*, (Decisión de la Comisión de 11 de marzo de 1998, Asuntos IV/34.073, IV/34.395 y IV/35.436) en la que el ejecutivo afirma la aplicabilidad del artículo 82 a los supuestos de aprovisionamiento exclusivo, con independencia de que esta obligación resulte de una cláusula contractual expresa o de las circunstancias de hecho. Decisión centrada en torno a los peligros derivados del cierre de mercados, confirmada por el TPI (*Van den Bergh Foods Ltd v. Comisión*, Sentencia del TPI de 23 de octubre de 2003).

²⁰⁵ Vid. *ad ex.*, *Hoffman-La Roche v. Comisión*, *cit.*; *Michelin*, Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1983; *Irish Sugar v. Comisión*, Sentencia del TPI de 7 de octubre de 1999; *British Airways*, Sentencia del TPI de 17 de diciembre de 2003; *Michelin*, Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003.

²⁰⁶ Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 1987, Asuntos IV/30.787 y 31.488.

²⁰⁷ Vid. Decisión de la Comisión, párrafos 74-75.

*British Sugar*²⁰⁸, el ejecutivo comunitario reafirma el principio sentado en el asunto *Centre Belge d'Études de Marché- Télémarketing SA*²⁰⁹ según el cual se considera que, “se comete un abuso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 82 siempre que, sin que exista necesidad objetiva, una empresa que ocupe una posición dominante en un determinado mercado, se reserve, para sí o para otra empresa perteneciente a su mismo grupo, una actividad auxiliar que pudiera ser realizada por otra compañía como parte de sus actividades en un mercado cercano pero separado, con la posibilidad de *eliminar toda competencia por parte de dicha compañía*”. El juicio de anticompetitividad realizado por el ejecutivo comunitario en el caso *Microsoft*²¹⁰ está centrado en los posibles efectos de cierre de los mercados que cabrían derivarse de la vinculación entre el sistema operativo Windows y el reproductor Windows Media Player. El análisis se orienta a determinar si la unión entre estos bienes, conduce a una exclusión efectiva de otros competidores, tanto del mercado de sistemas operativos como del mercado de reproductores digitales de audio y video, no a si las prácticas causan una lesión directa de los intereses de los consumidores manifestada en una subida de precios. En diversas ocasiones a lo largo del articulado de la decisión, la Comisión recalca la amenaza que la conducta de la empresa informática representa para el mantenimiento de “una estructura de competencia efectiva” y “el desarrollo de una competencia dinámica basada en la innovación y en el progreso tecnológico”. La anticompetitividad de la conducta de Microsoft, concluirá el ejecutivo, reside en el sustancial efecto de exclusión que de la misma se deriva y en su potencial para generar barreras de entrada, como consecuencia de la presencia de importantes efectos de red, tanto en el mercado del producto principal (sistemas operativos) como vinculado (reproductores de audio y video). Efectos anticompetitivos que no han sido adecuada y suficientemente justificados por la empresa informática.

²⁰⁸ Decisión de la Comisión de 18 de julio de 1988, Asunto IV/30.178.

²⁰⁹ Sentencia del TJCE de 3 de octubre de 1985.

²¹⁰ Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004 Case COMP/C-3/37.792 (*Microsoft*).

La exclusión o cierre de mercados desempeña también un importante papel en la valoración de la anticompetitividad de los acuerdos interempresariales con arreglo al artículo 81 del Tratado CE, especialmente en el caso de contratos o prácticas verticales²¹¹. La Comisión Europea, en sus Directrices relativas a las restricciones verticales, enumera, entre las principales consecuencias negativas que para el mercado pueden derivarse de las mismas, “la exclusión del mercado a otros proveedores u otros compradores mediante el incremento de los obstáculos de entrada”. Riesgo que es reiterado de forma particularizada al examinar los principales efectos anticompetitivos de las prácticas de vinculación²¹².

La exclusión de competidores del mercado del producto vinculado, por tanto y, a diferencia del sistema estadounidense, no sólo es un efecto anticompetitivo expresamente atribuido en el Derecho comunitario a los contratos vinculados, sino que, además, constituye su efecto anticompetitivo principal.

Ahora bien, ya señalamos con anterioridad la ambigüedad inherente a las conductas empresariales de efecto excluyente y la necesidad de encontrar una regla o parámetro de valoración que permita conciliar los distintos intereses implicados. Mientras que, en EE.UU. la mera exclusión de competidores se presume eficiente y, por tanto, para sancionar la práctica es necesario demostrar la existencia de una lesión inmediata y directa de los intereses de los consumidores, en Europa se opta por una presunción de anticompetitividad de las conductas excluyentes, siempre que éstas revistan una determinada entidad y por la posibilidad de rebatir esa presunción si se demuestra la presencia de beneficios económicos

²¹¹ Vid. VELTROP: “Tying and Exclusive purchasing arrangements under EC competition law”, *cit.*, pp. 549 y ss., quién, pese a reconocer la importancia que el cierre de mercados, derivado de ciertas prácticas como la vinculación o el aprovisionamiento exclusivo, puede suponer para el desarrollo de una competencia eficaz, critica determinados excesos en la política de la Comisión frente a estas conductas, a la que acusa de ser, en numerosas ocasiones, demasiado formal y poco rigurosa desde el punto de vista económico.

²¹² “... El principal efecto negativo que produce la vinculación sobre la competencia es la posible exclusión en el mercado del bien vinculado.... En último lugar, la vinculación puede reforzar los obstáculos de acceso al mercado, tanto del bien vinculante como del bien vinculado”. Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 217.

asociados a las mismas. Así, el objeto de la prohibición, en el caso europeo, no se identifica con cualquier exclusión de los competidores, sino con una exclusión considerable o sustancial e injustificada. Los acuerdos deben ser valorados en su contexto económico a fin de determinar cuando tienen un efecto anticompetitivo.

Mientras que el efecto de los precios supracompetitivos se considera siempre anticompetitivo, la anticompetitividad de la exclusión se hace depender del porcentaje vinculado sobre el total de las ventas en el mercado del bien vinculado. La propia lógica económica que subyace al Derecho de la libre competencia exige atender, exclusivamente, –al menos desde este sector del ordenamiento jurídico- a aquellas conductas susceptibles de causar un impacto real en los mercados, ya sea en su estructura, desarrollo o resultados²¹³. La mayoría de las prácticas empresariales tienen un efecto excluyente, el propio juego del mercado se basa en la idea de sustitución de unos operadores económicos por otros, sólo cuando esa exclusión es relevante y potencialmente peligrosa, por tanto, para el desenvolvimiento de los mercados, se hace necesaria la intervención represora de la normativa *antitrust*.

La exclusión de los competidores puede ser parte de una estrategia empresarial carente de beneficios para los consumidores o, por el contrario, puede deberse a la eficacia superior, a la mayor aptitud de la empresa para tomar en consideración las necesidades de la clientela o a su mayor capacidad de innovación. La posibilidad de que una conducta excluyente sea simplemente manifestación de la superior eficiencia de una empresa, introduce la necesidad de arbitrar un criterio que permita concluir sobre su licitud desde la óptica del Derecho de la competencia. A diferencia del caso estadounidense, en el que los efectos positivos se presuponen y los efectos anticompetitivos deben ser demostrados, en Europa se establece un reparto diverso de la carga de la prueba, fundamentado en un orden distinto de presunciones. La exclusión de los competidores de un porcentaje significativo del mercado es, en sí misma, suficiente para probar la

²¹³ Vid., *supra*, Capítulo I.I, II.B.2; VELASCO SAN PEDRO: “Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas” en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, cit., pp. 79 y ss.

anticompetitividad de la conducta; ahora bien, la empresa demandada puede contestar, probando la existencia de justificaciones empresariales objetivas que fundamentan la vinculación²¹⁴.

¿Qué criterios son utilizados o factores ponderados para determinar cuando una práctica empresarial origina una exclusión considerable anticompetitiva? La Comisión ofrece una serie de pautas en las *Directrices relativas a las restricciones verticales*. Pautas que, pese a estar orientadas a la identificación de posibles infracciones del artículo 81 del Tratado, pueden resultar útiles a su vez, en la valoración de conductas excluyentes con arreglo al artículo 82 del Tratado²¹⁵. En los casos de comportamientos excluyentes por parte de empresas en posición dominante, es conveniente precisar que, tanto el ejecutivo como los tribunales europeos, mantienen una actitud especialmente rigurosa y las probabilidades de considerar anticompetitiva la exclusión son mucho mayores. Fundamentándose en la idea de que la existencia de la posición dominante es, en sí misma, susceptible de debilitar el grado de competencia existente en el mercado, las autoridades europeas aplican el artículo 82 en todos los casos en los que el comportamiento abusivo puede constituir un perjuicio adicional, aunque sea limitado en su extensión, al funcionamiento normal del mercado²¹⁶.

²¹⁴ En el siguiente capítulo de este trabajo, serán objeto de análisis, las posibles justificaciones de las prácticas de vinculación, tanto en el marco del artículo 81.3 como del artículo 82 del Tratado.

²¹⁵ Vid. *ad. ex.*, WHISH: *Competition Law*, *cit.*, pp. 656 y ss, quien señala la necesidad de ponderar en la valoración de las prácticas excluyentes idénticos factores (duración y extensión de la exclusión) con arreglo al artículo 81 y 82 del Tratado.

También pueden resultar de utilidad para baremar el impacto competitivo de una práctica de vinculación, los factores ponderados por la Comisión, el TPI y el TJCE en el control de la concentración entre empresas, principalmente en los casos de concentraciones verticales y conglomerales, cuyo principal peligro radica en su potencial excluyente. En este sentido, vid. VÖLCKER: “Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control”, *cit.*, pp. 597 y ss., quien detalla, en el marco de la concentración empresarial, los requisitos o condiciones que determinan la habilidad de una empresa para utilizar una práctica de vinculación como opción estratégica racional.

²¹⁶ Principio ya expresado reiteradamente por el Tribunal de Justicia en el célebre caso *Hoffman-La-Roche*, Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1979, párrafos 9 y 123. Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia*, *cit.*, p. 360; WHISH: *Competition Law*, *cit.*, pp. 149 y ss. Desde una perspectiva crítica, vid.

La Comisión, tras indicar que las prácticas de vinculación pueden infringir el artículo 81 del Tratado si conducen a una exclusión considerable en el mercado del producto vinculado, remite, a fin de determinar que puede calificarse de “exclusión considerable”, al análisis utilizado para valorar la anticompetitividad de las obligaciones de marca única²¹⁷. Con este término se engloban todos aquellos acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. Forman parte de este grupo, las obligaciones de no competencia, la imposición de cantidades al comprador (*requirements contracts*) y los acuerdos de vinculación²¹⁸.

Obviamente, uno de los principales factores que habrán de ser evaluados a fin de determinar la relevancia del efecto de exclusión, es la cuota de mercado vinculada²¹⁹. Cuanto mayor sea ésta, más importante será el efecto de exclusión. Cuotas inferiores al 30%, tanto en el mercado del bien vinculante como vinculado, determinan la aplicación automática de la exención a la práctica de vinculación sin necesidad de entrar en un análisis individualizado²²⁰. Por encima del umbral de cuota de mercado del 30% es

SHER: “The Last of Steam-Powered Trains: Modernising Article 82”, 5, ECLR, 2004, pp. 243 y ss.

²¹⁷ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 223.

²¹⁸ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 106.

²¹⁹ El efecto de exclusión depende del porcentaje vinculado sobre el total de las ventas en el mercado del bien vinculado. No se recurre, por tanto, a criterios puramente monetarios, como los defendidos en las primeras etapas de la política estadounidense frente a las prácticas de vinculación. Lo importante es el impacto real de la conducta en la estructura y funcionamiento de un mercado concreto, de ahí la importancia que la definición de los mercados relevantes y el cálculo de la cuota de mercado adquieren en la valoración de la anticompetitividad de una práctica de vinculación. Vid. sobre los criterios de delimitación de mercado y cálculo de cuotas, *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafos 88 a 100; ECHEBARRÍA SÁENZ: “Acuerdos verticales” en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, cit., pp.128 y ss.; WHISH: *Competition Law*, cit., pp. 578 y ss. En la doctrina americana, sobre la importancia de una correcta delimitación del mercado relevante y cálculo de la cuota de mercado, vid. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, cit., pp. 388 y ss.

²²⁰ Artículo 1. b Reglamento (CE) No 2790/1999; *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 218. Es necesario recordar además que los acuerdos verticales con cuotas de mercado inferiores al 10% se consideran, por regla general, acuerdos *de minimis* y, por tanto, no susceptibles de causar efectos lesivos de la

poco probable la exención, salvo en el supuesto de que haya eficiencias claras que se transmitan, al menos parcialmente, a los consumidores.

En principio, la exclusividad no es un elemento integrante de una práctica de vinculación. Ésta existe desde el momento en que se da una forma de imposición de cantidades al comprador en lo que respecta al bien vinculado. Si además, la vinculación se acompaña de un compromiso de no competencia, es decir, el cliente se obliga a no adquirir a un tercero el bien vinculado, se acentúa el posible efecto de exclusión²²¹. La valoración de las obligaciones de no competencia depende de la duración de las mismas. Así, la Comisión considera que no cabe esperar efectos negativos apreciables de obligaciones inferiores a un año de duración. En el caso de obligaciones de entre uno y cinco años de duración, es difícil establecer reglas generales, deviniendo necesario un análisis individualizado en el que se ponderen los eventuales efectos beneficiosos y perjudiciales. Por último, existe una presunción general negativa en el caso de obligaciones con plazos superiores a los cinco años. Se considera que los posibles efectos beneficiosos no pueden compensar el cierre de mercados que de las mismas se derivan. La actitud se recrudece aún más, en el caso de que la obligación de no competencia venga impuesta por una empresa en posición dominante. Su mera presencia genera ya una apariencia de competitividad,

competencia e irrelevantes como posible restricción al artículo 81.1 del Tratado CE (Vid. *Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia*, DOCE C368/01, de 22 de diciembre de 2001).

²²¹ Los acuerdos exclusivos son, por lo general, más perniciosos para la competencia que los no exclusivos. Los acuerdos exclusivos hacen, mediante la redacción explícita del contrato o sus efectos prácticos, que una parte se abastezca total o casi totalmente de otra parte. Por otro lado, las obligaciones de adquirir una cantidad determinada dejan al comprador algún margen para obtener bienes que compitan entre sí. Se considera que existe una cláusula de no competencia siempre que se obliga al comprador –directa o indirectamente- a adquirir más del 80% del total de los bienes o servicios objeto del contrato o sus sustitutos al suministrador o a quien él designe, no pudiendo adquirir en consecuencia más de un 20% del total de sus compras a la competencia [artículo 1. b Reglamento (CE) No 2790/1999].

trasladándose la carga de justificar objetivamente esa práctica a la empresa demandada²²².

El examen del efecto de cierre o exclusión de mercados, no puede limitarse a la ponderación de la posición de mercado de la empresa que utiliza la vinculación, ni a la eventual presencia de obligaciones de no competencia. Es preciso atender, a su vez, a la estructura y caracteres del mercado del producto vinculado. Así, un factor importante es el grado de concentración del mercado, es decir, la cuota o posición de las empresas competidoras. Cuanto más poderosas o fuertes sean éstas, menos riesgos existen de que la vinculación origine una exclusión relevante. La Comisión presume la improbabilidad de un efecto anticompetitivo en los casos en los que la cuota de mercado del mayor proveedor se sitúa por debajo del 30% y la de los cinco principales proveedores es inferior al 50%²²³. La exclusión tiene además que constituir una amenaza real, es decir, no se considerará anticompetitiva una situación de cierre puramente puntual o transitoria, de ahí la relevancia de examinar la presencia de barreras u obstáculos de entrada en el mercado de referencia²²⁴. Éstas serán bajas y, por tanto, la exclusión no representará un problema real, si resulta relativamente fácil para los proveedores competidores crear nuevos compradores o encontrar

²²² Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 141. En la doctrina vid. ECHEBARRÍA SÁENZ: “Acuerdos verticales”, *cit.*, pp. 137-138; WHISH: *Competition Law*, *cit.*, pp. 554 y ss.

²²³ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 143. La Comisión también defiende, con carácter general, la previsible ausencia de efectos negativos notables en mercados no concentrados, utilizando como parámetro de medición el índice Herfindahl-Hirschman (HHI). Éste se computa sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de todas las empresas que participan en el mercado relevante. Así, por ejemplo, en un mercado que contenga seis empresas, con las siguientes cuotas de mercado: Empresa A= 25, empresa B= 20, empresa C=20, empresa D=15, empresa E=10, empresa F=10, el HHI será igual a 1850 ($25^2+20^2+20^2+15^2+10^2+10^2$). La Comisión considera que, si el índice es inferior a 1000, el mercado no está concentrado. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 119.

²²⁴ “Los obstáculos a la entrada se determinan por el grado en que las empresas ya presentes pueden aumentar su precio por encima del nivel de competencia, por lo general por encima del coste medio mínimo total y obtener beneficios superiores a lo normal sin atraer la entrada de otros competidores...”. Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 126.

compradores alternativos para el producto²²⁵. Ahora bien, la Comisión mantiene una actitud suspicaz, considerando que la presencia en los mercados de barreras de entrada es frecuente y generalizada, ya sea en el nivel de la fabricación o distribución²²⁶.

Otro elemento a tener en cuenta en el análisis es el grado de madurez de los mercados implicados. Mercados consolidados, en los que la tecnología empleada es suficientemente conocida y estable, es decir, no sujeta a cambios importantes y la demanda se mantiene invariable o decrece, presentan mayores riesgos de efectos negativos que mercados más dinámicos²²⁷

El nivel en el que se produce la exclusión también es un factor pertinente²²⁸. Los efectos negativos son menos probables, en general, en el

²²⁵ En el mismo sentido, HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 374, quien defiende que la exclusión, aunque abarque un porcentaje sustancial del mercado, sólo constituye una amenaza efectiva para la competencia, si la entrada en los mercados afectados (producto vinculante y vinculado) es difícil.

²²⁶ Postura del ejecutivo comunitario, reiterada a lo largo de las Directrices (párrafos 126 a 129) que se aleja de la actitud de la Escuela de Chicago, uno de cuyos pilares teóricos reside precisamente en la interpretación restrictiva del concepto de barreras u obstáculos de entrada a los mercados y en la relativización de su importancia. Vid. *supra*, Capítulo I.I.

²²⁷ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 130. Sobre la distinta valoración que desde la óptica del Derecho de la competencia debe serles dispensada a mercados dinámicos, sujetos a importantes y continuos cambios tecnológicos, respecto a mercados más estables, vid. POSNER: "Antitrust in the New Economy", ALI-ABA Course of Study, *Antitrust Law in the 21st Century*, September 14-15, 2000, New York.

²²⁸ Sobre la necesidad de diferenciar el nivel de comercio que se ve afectado como consecuencia de la práctica a fin de ponderar el riesgo y alcance del efecto de exclusión, alertan VELTROP: "Tying and Exclusive purchasing arrangements under EC competition law", cit., pp. 549 y ss.; STRASSER: "An Antitrust Policy for Tying Arrangements", cit., pp. 253 y ss.; TURNER: "The validity of tying arrangements under the antitrust laws", cit., pp. 50 y ss.; PITTMAN: "Tying without exclusive dealing", 30, *Ant.Bull.*, 1985, pp. 279 y ss. quien defiende incluso la neutralidad competitiva de la vinculación en el caso de que ésta no esté acompañada de una obligación de no competencia y el comprador sea un distribuidor. Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafos 146 a 149.

nivel de los bienes y servicios intermedios²²⁹ que en el caso de que el objeto del contrato sean bienes o servicios finales²³⁰. Dado que los distribuidores (mayoristas o minoristas) han de responder a la demanda de los consumidores finales, cabe la posibilidad de que la competencia entre distribuidores se resienta más si se impide a determinados distribuidores vender una o varias marcas que, si se prohíbe a los compradores de productos intermedios el acceso a productos competidores de determinadas fuentes de suministro²³¹.

Por último, es necesario atender a la posible existencia en el mercado de acuerdos similares ya que, si bien la incidencia de un solo acuerdo en el mercado puede carecer de entidad, el efecto combinado o acumulativo de la práctica examinada con el de otras análogas utilizadas por los competidores puede conducir a un grado considerable de exclusión en los mercados relevantes²³².

²²⁹ La Comisión define los bienes intermedios como “aquéllos que son vendidos a empresas para ser utilizados como insumo con vistas a producir otros bienes y servicios y, por regla general, no pueden reconocerse en los bienes o servicios finales”. En principio, los compradores de este tipo de productos suelen estar bien informados y son menos proclives a ser influidos por la marca o imagen de los bienes. Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 119 (5).

²³⁰ Los bienes finales se venden, directa o indirectamente, a los consumidores finales que, a menudo se fijan más en la marca y la imagen. Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 119 (5).

²³¹ Vid. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 119 (5).

²³² La existencia de efectos acumulativos, derivados de redes paralelas de acuerdos verticales similares puestos en práctica por empresas competidoras, es una de las causas que pueden dar lugar a la retirada –o impedir, en primer término, la concesión- de la exención. Vid. Artículos 7 y 8 del Reglamento (CE) No 2790/1999; *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafos 73 y ss.

III. EFECTOS EN EL MERCADO DEL PRODUCTO PRINCIPAL

A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Tradicionalmente, el examen de las implicaciones que para la libre competencia pueden derivarse de las prácticas de vinculación se ha centrado en el mercado del producto vinculado. Ya hemos tenido ocasión de analizar, como, el rigor inicial en el tratamiento de estas conductas obedeció al temor de que, a través de las mismas, pudiera extenderse una posición de poder económico a un mercado no afectado originariamente por ésta. Las posibles repercusiones de la conducta en el mercado del producto principal no serán, generalmente, objeto de consideración.

Esta separación llega a su máxima expresión con la Escuela de Chicago, cuyos miembros, en su crítica de la política tradicional frente a las prácticas de vinculación, arbitrarán una distinción entre conductas que permiten la creación de nuevo poder de mercado y conductas que, simplemente, facilitan el mejor aprovechamiento del poder ya existente²³³. Una vez demostrado que los contratos vinculados no constituyen un instrumento adecuado para extender el poder de mercado –argumento de la suma fija-, su única finalidad posible radica en la explotación más eficiente del poder que ya se posee. El argumento se completa defendiendo la licitud de estas conductas. Según estos autores, el Derecho de la competencia, sólo debe intervenir para sancionar intentos de creación de nuevo poder de mercado, quedando fuera de su alcance la conducta de una empresa orientada únicamente a facilitar el disfrute o ejercicio de una posición de poder económico, siempre que ésta haya sido legítimamente adquirida. La única intervención posible radica en el control de la formación u obtención de ese poder; si éste no ha sido legítimamente obtenido es esa estructura la que debería merecer la atención de la normativa sancionadora. Si la

²³³ Vid. *supra*, II.C.2.

adquisición es legítima, el Derecho *antitrust* debe permanecer indiferente ante los modos o posibles modalidades de ejercicio de ese poder²³⁴.

Esta distinción no tiene cabida en el ámbito europeo. El argumento de que un monopolista puede explotar “legítimamente” y de cualquier forma su poder económico es de difícil recepción ya que, el artículo 82 sanciona, tanto los abusos anticompetitivos como los abusos explotativos. Importa como una empresa decida explotar o utilizar su poder de mercado. De hecho, en Europa, una empresa con poder de mercado en un determinado producto no es libre de imponer precios excesivamente altos –propia esencia del poder económico que reside, precisamente, en la capacidad de condicionamiento de los precios-, ya que, entre los ejemplos de conductas abusivas, se incluye la “imposición de precios o condiciones de transacción no equitativas”. Por tanto, bajo estas circunstancias, resulta lógico que el recurso a una práctica de vinculación por parte de una empresa dominante a fin de obtener beneficios que no podría conseguir de otra forma, encuentre cabida igualmente dentro del concepto de conducta abusiva²³⁵.

En el ámbito estadounidense, el tenor literal de las principales normas antimonopolio podría permitir, en principio, defender esta distinción. Ahora bien, esta interpretación ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales²³⁶ y la práctica de las autoridades administrativas, así como la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, en aplicación de

²³⁴ Defienden esta distinción, BOWMAN: “Tying arrangements and the leverage problem”, *cit.*, pp. 19 y ss.; BORK: *The Antitrust Paradox*, *cit.*, pp. 365 y ss.; BURSTEIN: “The economics of tie-in sales”, *cit.*, pp. 62 y ss.; DIRECTOR/LEVI: “Law and the future: Trade regulation”, *cit.*, pp. 290 y ss.; MARKOVITS: “Tie-ins and Reciprocity: A Functional, Legal and Policy Analysis”, *cit.*, pp. 1363 y ss.; PEARSON: “Tying arrangements and the antitrust policy”, *cit.*, pp. 626 y ss.

²³⁵ Vid. WAELBROECK, D.: “The Compatibility of Tying Agreements with Antitrust Rules”, *cit.*, pp. 55 y ss.

²³⁶ Vid. FERGUSON: “Tying arrangements and reciprocity: an economic analysis”, *cit.*, pp. 554 y ss.; BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 292 y ss.; STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 274 y ss.; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 99 y ss., quién señala que, en realidad, esta distinción entre conductas de maximización de poder y conductas de extensión de poder, depende de la perspectiva temporal desde la que se analicen sus efectos, a corto plazo las primeras y a medio o largo plazo las segundas. En el mismo sentido, KAPLOW: “Extension of monopoly power through leverage”, *cit.*, pp. 519 y ss.

la *Sherman y Clayton Act*, desdicen que la maximización de beneficios sea en sí misma incuestionable y evidencian la relevancia que, desde la perspectiva de la protección de la libre competencia, puede derivarse de la utilización de una u otra modalidad de explotación del poder empresarial.

Las principales críticas denuncian, tanto la adecuación de una política orientada exclusivamente a la prevención de estructuras dominantes, como la relevancia, desde un punto de vista económico, de la distinción entre conductas que crean nuevo poder de mercado y conductas que están orientadas únicamente a mejorar el aprovechamiento del poder existente.

En ocasiones, no es posible reestructurar el mercado de manera efectiva, de modo que la prohibición de determinadas prácticas empresariales puede constituir la segunda mejor alternativa. Puede ocurrir además que, existiendo remedios de carácter estructural, los costes de los mismos excedan del coste de consentir la presencia de la situación de dominio y controlar la conducta de la empresa. Y, por último –y principalmente–, en la mayoría de los casos resulta deseable permitir la formación y pervivencia de determinados monopolios (adquisición de posiciones de poder económico como consecuencia de los mayores méritos de una empresa, reconocimiento de derechos de propiedad industrial, etc.), sin que esto implique necesariamente la autorización o garantía de una explotación totalmente descontrolada de ese poder²³⁷. Que la mera existencia de poder de mercado no sea ilegal, no significa que el Derecho de la competencia haya de permanecer indiferente frente a conductas que incrementan la habilidad y capacidad de la empresa dominante de explotación de ese poder.

El eje de la distinción arbitrada por la Escuela de Chicago radica en el argumento según el cual, para una cantidad fija de poder, la explotación indirecta del mismo mediante prácticas restrictivas no puede causar más

²³⁷ Vid. KAPLOW: “Extension of monopoly power through leverage”, *cit.*, p. 522; STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.*, p. 254. Este último autor también señala que, precisamente, la adopción de una actitud permisiva frente a conductas que facilitan el ejercicio del poder de mercado, opera como una especie de reclamo, incitando a las empresas a buscar esas posiciones de poder.

daño que la explotación directa, mediante la fijación del precio del bien sobre el que recae el dominio (teoría de la suma fija). Es decir, da igual como decida el monopolista hacer uso de su poder, el daño a la competencia o a los consumidores es siempre el mismo, de ahí que el Derecho *antitrust* haya de permanecer indiferente frente a estas conductas que, simplemente, constituyen distintas modalidades de ejercicio de un poder económico preexistente –y cuya legitimidad no se cuestiona-. KAPLOW disputa esta afirmación, recurriendo a un ejemplo muy gráfico. Imaginemos el caso de un terrorista que cuenta con un cartucho de dinamita. En principio, con arreglo al argumento de la suma fija, desde el momento en que el poder está determinado –un único cartucho de dinamita- debería resultar totalmente indiferente el lugar donde la dinamita se coloca, el daño que ésta puede causar (por ejemplo, en términos de víctimas mortales) es siempre el mismo. Obviamente, en este contexto, esta afirmación no se sostiene, el daño potencial que puede derivarse de un determinado poder (un cartucho de dinamita) depende sensiblemente de cómo venga usado, así, por ejemplo, el efecto lesivo será mucho mayor si el cartucho es colocado en un transporte en hora punta que si es utilizado en idéntico transporte pero en una hora de mucho menor tránsito²³⁸.

Del mismo modo, la elección de una u otra táctica o modalidad de ejercicio de poder económico, puede tener diferentes repercusiones competitivas. El argumento de la suma fija quiebra en numerosos escenarios. La opción por una determinada estrategia de explotación del poder de mercado, a través de prácticas restrictivas, puede revelarse más dañina que la explotación directa. Un aprovechamiento más eficiente o más provechoso para el monopolista no puede ser automáticamente identificado con un beneficio para los consumidores. El hecho de que una conducta permita a una empresa con poder de mercado incrementar sus beneficios sin extender ese poder, puede determinar, no obstante, una lesión de los intereses de los consumidores y redundar en una pérdida de bienestar social. Por ejemplo, en el caso de los contratos vinculados, los miembros de la Escuela de Chicago apuntaron cómo estas prácticas no constituyen instrumentos adecuados de extensión del poder económico, sino simples

²³⁸ Vid. KAPLOW: “Extension of monopoly power through leverage”, *cit.*, p. 516.

mecanismos que facilitan la realización de discriminación en los precios, permitiendo a la empresa un aprovechamiento más eficiente del poder que ya posee. Como tendremos ocasión de examinar en apartados posteriores, el impacto competitivo de las políticas discriminatorias es discutido y, si bien es cierto que no cabe afirmar la anticompetitividad *per se* de las mismas, tampoco es posible atribuirles una procompetitividad –o al menos, neutralidad competitiva-, de forma automática. Por tanto, el recurso a los contratos vinculados para facilitar el mejor aprovechamiento del poder económico existente, no debe servir de justificación a estas conductas.

Pese a que el foco de atención tradicionalmente ha estado delimitado a los efectos de la práctica en el mercado del producto vinculado, actualmente, tanto la doctrina como las autoridades en materia de competencia insisten en las posibles repercusiones de la conducta en el mercado del producto principal.

Los contratos vinculados pueden actuar como instrumento de preservación del poder existente sobre el producto principal, posibilitando el refuerzo de las barreras de entrada a ese mercado. Esta preocupación, especialmente presente, por ejemplo, en el caso *Microsoft*, reviste una especial trascendencia en el ámbito europeo, en atención a la importancia que en este sistema se otorga al desarrollo sin obstáculos del proceso competitivo y al mantenimiento de estructuras de mercado abiertas.

Las prácticas de vinculación también pueden facilitar la realización de políticas de precios discriminatorias, permitiendo al monopolista maximizar el rendimiento que puede obtener de su producto mediante la fijación de precios diversos en función de la distinta valoración del bien que realizan los distintos consumidores. Los efectos anticompetitivos, en este caso, son más ambiguos y difíciles de predecir, por lo que la política antimonopolio también será necesariamente más compleja.

Las empresas pueden recurrir a estas prácticas para favorecer la ejecución de acuerdos cartelísticos, facilitando la detección de posibles desvíos del cártel o acuerdo cooperativo.

Por último, la vinculación puede facilitar un enmascaramiento de los precios. La venta conjunta de productos comporta la fijación de un precio unitario para la oferta combinada. Dentro de la suma comprensiva así precisada, no es posible distinguir el precio de los bienes individuales que la integran. Si por cualquier razón (motivos fiscales, elusión de una reglamentación de precios, etc.), la empresa posee un interés en ocultar el precio realmente establecido por la cesión de un bien sobre el que posee poder de mercado, puede imponer a los clientes la adquisición de un segundo producto y conseguir así, ocultar el precio del primero dentro de la suma global exigida por el paquete de productos. En principio, sólo en determinados casos puntuales, estas conductas entran dentro del ámbito del Derecho *antitrust*, generalmente, otros sectores del ordenamiento jurídico serán más adecuados para tratar este tipo de problemas.

B) PRESERVACIÓN DEL PODER ECONÓMICO EXISTENTE: ERECCIÓN DE BARRERAS DE ENTRADA

El disfrute de una situación de privilegio en el mercado en un determinado momento no garantiza que ese poder vaya a mantenerse en el futuro. El poder de mercado actual puede desgastarse con el tiempo, terceros competidores pueden entrar en el mercado, desplazando a la empresa dominante y pasando a asumir la posición que está había venido disfrutando. Los contratos vinculados pueden ser utilizados para evitar, precisamente, esa erosión del poder económico, dificultando el acceso al mercado y permitiendo la preservación de la posición de poder en el mismo.

Esta preocupación, ya presente en los trabajos de AREEDA²³⁹ y SULLIVAN²⁴⁰, ha sido recogida por numerosos autores²⁴¹, algunos de los

²³⁹ Vid. AREEDA: *Antitrust Analysis*, cit. p. 569.

²⁴⁰ Vid. SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, cit., pp. 447 y ss.

cuales coinciden en señalar que, de hecho, es más probable que el recurso a esta práctica venga motivado por el deseo de proteger el poder ya existente que por el de extender esa posición a un nuevo mercado²⁴².

La exclusión de competidores del mercado del producto vinculado (aunque no se derive de la misma un efecto inmediato sobre los niveles de producción o precios en ese mercado) puede reducir la posibilidad de entrada en el mercado del producto principal, protegiendo así la posición de la empresa dominante. Esto es así cuando el producto vinculado puede ser utilizado para superar barreras de entrada en el mercado del bien monopolizado, es decir, si el producto vinculado puede considerarse como competidor potencial del producto principal. Este escenario es especialmente plausible en el supuesto de que exista una relación de complementariedad entre los productos. Esta hipótesis ha sido desarrollada fundamentalmente por CARLTON y WALDMAN²⁴³, quienes exploran la posibilidad, en un marco que se ajusta a las circunstancias fácticas del caso Microsoft, de que un producto complementario pueda acabar convirtiéndose, en algún momento futuro, en un bien sustitutivo. Al operar en mercados relacionados, las empresas que se dedican a la producción de bienes complementarios tienen acceso a una serie de conocimientos técnicos y de mercado, así como a otros activos, que les facilitan la entrada

²⁴¹ Vid. *ad.ex.*: NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 71 y ss.; EAGCP (The Economic Advisory Group for Competition Policy): “An economic approach to Article 82”, coord. Patrick REY, 2005, disponible en:

<http://www.europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/#UDIES>; CELNICKER: “A response to Carson W. Bays’s call for per se legality of tying arrangements”, *cit.*, pp. 157 y ss.; BUTLER/LANE/PHILIPS: “The Futility of Antitrust attacks on tie-in sales: an economic and legal analysis”, *cit.*, pp. 173 y ss.; HYLTON/SALINGER: “Tying law and policy: a decision –theoretic approach”, *cit.*, pp. 494-495; OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, *cit.*, pp. 28 y ss.; WEINSTEIN: “Bundles of Trouble: the possibilities for a New Separate- Product Test in Technology Tying Cases”, *cit.*, pp. 913 y ss.; STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.*, pp.273 y ss.; WHISH: *Competition Law*, *cit.*, pp. 609 y ss.

²⁴² Vid. NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, p. 22 y CARLTON/WALDMAN: “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, Working Paper 6831 en <http://www.nber.org/papers/w6831>.

²⁴³ CARLTON/WALDMAN: “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, *cit.*

en cada uno de sus respectivos mercados²⁴⁴, de ahí que, pese a no constituir competidores efectivos o actuales, operen, en cierto modo, como contenciones al ejercicio de poder de mercado, al poder convertirse en competidores futuros. Así, por ejemplo, consideremos el caso de sistemas integrados por dos componentes, un bien principal y un bien complementario (primer modelo desarrollado por CARLTON y WALDMAN). El primero puede ser utilizado de forma independiente, pero el segundo requiere necesariamente del producto principal para su uso. Una empresa posee inicialmente poder de dominio en ambos bienes. Otra empresa tiene la posibilidad de entrar a competir con un producto complementario superior. En principio, no puede acceder al mismo tiempo al mercado del producto principal, pero tiene intención de hacerlo en un futuro próximo. La empresa dominante puede hacer frente a esta amenaza potencial, mediante el recurso a un contrato vinculado. Al imponer la necesaria adquisición de ambos productos, principal y complementario, impide la consolidación de su competidor y cercena su posibilidad de entrada en el mercado del producto principal²⁴⁵.

²⁴⁴ Vid. NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, cit., p. 71, quién recoge la posibilidad de que los prestadores de un servicio de reparación y asistencia de maquinaria puedan, con el tiempo, acabar entrando en la producción de estos bienes, debido a su especial conocimiento del producto y del sector industrial.

²⁴⁵ Es necesario recalcar que, de no mediar esta posibilidad de acceso futuro al mercado del producto principal, la empresa dominante no tendría ningún interés en recurrir a la vinculación para sustraer cuota de mercado a la empresa competidora, ya que, de hecho, se vería beneficiada por la entrada de un producto complementario superior. La relación de complementariedad entre los bienes determina que la mejora de las condiciones de la demanda en el producto B origina a su vez, un incremento de la demanda en el producto A. Incremento que la empresa dominante podría aprovechar, por tanto, para obtener beneficios. Esta posibilidad desaparece, una vez que la empresa competidora ofrece también el producto principal.

CARLTON y WALDMAN completan su teoría sobre la utilización estratégica de las prácticas de vinculación para preservar una posición dominante preexistente, con un segundo modelo, que examina la hipótesis de la presencia de efectos de red en el mercado del producto vinculado. Como en el primer supuesto, una empresa es inicialmente capaz de entrar en uno de los mercados –el del producto complementario sujeto a efectos de red–, pero no puede acceder al otro en ese momento. La presencia de efectos de red proporciona un incentivo a la empresa dominante para intentar, mediante una práctica de vinculación, ocupar la posición de cabeza en la carrera de determinación del estándar en ese mercado, ventaja que no tendría interés en perseguir si no existiera esa amenaza de entrada en el mercado del producto principal.

A corto plazo, los efectos de la conducta pueden ser neutrales o, incluso, beneficiosos para los consumidores, por ejemplo, si el producto vinculado es ofrecido gratuitamente. Los riesgos de la práctica se revelan a medio o largo plazo, la lesión se produce sobre el desarrollo del proceso competitivo, por lo que los consumidores se pueden ver afectados por la inexistencia de competencia en el mercado, debido al abandono obligado o a la falta de entrada de las empresas rivales.

En la práctica encontramos distintos casos informados por el temor de que la vinculación facilite la preservación o mantenimiento del poder existente en el mercado del producto principal. En el ámbito estadounidense, el más significativo, probablemente, lo constituya el caso *Microsoft*, en cuyo enjuiciamiento adquirió un especial peso la posibilidad de que la empresa informática, a través de la unión entre sistema operativo y navegador de Internet, estuviera buscando, más que extender su dominio al mercado de navegadores, consolidar y proteger la posición de supremacía que ocupaba en el mercado de los sistemas operativos gracias a Windows²⁴⁶.

En Europa, la Comisión también tuvo en consideración, si bien en menor medida, la posibilidad de que la vinculación entre el reproductor de audio y video Media Player y el sistema operativo Windows, pudiera conducir a un refuerzo de la posición dominante de Microsoft en este último mercado²⁴⁷. En el caso *Michelin*, las autoridades comunitarias consideraron que la empresa se había servido de prácticas análogas a la vinculación (sistema de descuentos) para reforzar su posición dominante en el mercado de los neumáticos de repuesto y en *Tetra Pak II*, que los contratos vinculados posibilitaban a la empresa neerlandesa no sólo la extensión de su dominio al mercado del envasado no aséptico sino el mantenimiento y protección de su supremacía, prácticamente monopolística, en el sector

Vid. una crítica a las teorías de CARLTON y WALDMAN en HYLTON/SALINGER: “Tying law and policy: a decision –theoretic approach”, *cit.*, pp. 510 y ss.

²⁴⁶ Vid. *supra*, Capítulo II y Capítulo III, II.C.1.

²⁴⁷ Vid. *supra*, Capítulo III, III.B.2.

aséptico²⁴⁸. Recientemente, el ejecutivo comunitario, en el polémico caso *GE/Honeywell*, también señala, si bien no desarrolla, el uso eventual de contratos vinculados para tutelar la posición dominante de General Electric en el mercado de los motores a reacción para grandes aviones, comerciales y regionales²⁴⁹.

C) LA VINCULACIÓN COMO INSTRUMENTO DE DISCRIMINACIÓN

1. Instrumento de medición de la intensidad de uso del producto principal (*metering device*)

Una empresa puede estar interesada en recabar información sobre el uso que sus clientes efectúan de sus bienes o servicios, a fin de diseñar en consecuencia su política de precios, de tal forma que los clientes que realizan un uso más intenso del bien paguen más que aquéllos que lo utilizan en menor medida. Las políticas de precios basadas en el uso que se realiza del bien o servicio reciben, en terminología anglosajona, el nombre de “*metering*” y son relativamente frecuentes en la práctica (*ad.ex.*, las tarifas de los taxis)²⁵⁰. El recurso a una política de esta naturaleza, puede obedecer a diversas razones, por ejemplo, a la existencia de costes de mantenimiento que dependen de la utilización de una máquina o bien, al

²⁴⁸ Vid. *supra*, Capítulo III, III.B.2.

²⁴⁹ Esta posibilidad es criticada por VÖLCKER: “Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control”, *cit.*, p. 583 y, especialmente, por KOLASKY: “Conglomerate Mergers and Range Effects: It’s a long way from Chicago to Brussels”, *cit.*, pp. 538 y ss.

²⁵⁰ NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 16 y ss., analiza el concepto de *metering* y ofrece distintos ejemplos de esta modalidad de fijación de precios.

deseo empresarial de discriminar entre sus clientes en función de la distinta valoración que cada uno de éstos realiza del bien o servicio²⁵¹.

¿Cómo puede instrumentarse o articularse esa medición en la práctica? Imaginemos una empresa, productora de máquinas fotocopadoras, que pretende fijar su precio en función del uso que los clientes realicen de la misma. En principio, la empresa podría acudir a una de las dos siguientes posibilidades.

En primer lugar, la empresa podría emplear mecanismos de cómputo o medición directos, como la instalación, dentro de la fotocopadora, de un contador y exigir una cantidad por copia realizada. Por ejemplo, la empresa puede fijar un precio de alquiler determinado y, posteriormente, exigir una cantidad de 0.5 u.m., por cada copia que se haya efectuado.

Una segunda posibilidad es recurrir a una forma indirecta de medición, a través de las prácticas de vinculación. Si entre dos productos existe una relación de complementariedad y la cantidad requerida de uno de ellos varía en función de la intensidad de uso del otro, la unión entre ambos constituye un eficaz mecanismo de medición. Volviendo al ejemplo anterior, la empresa podría exigir a sus clientes la adquisición de la tinta o del papel que va a ser empleado en la máquina fotocopadora. La vinculación posibilita así que, en atención a las cantidades consumidas del producto vinculado, sea posible calcular el uso que se realiza del producto principal (un mayor consumo de papel o tinta obedece lógicamente a un mayor uso de la máquina fotocopadora). La fijación del precio, en atención a ese uso, se realiza de forma indirecta, a través del precio del producto vinculado, que se establecerá por encima de su precio de mercado. Así, la empresa puede alquilar la máquina fotocopadora a un precio determinado –inferior al que maximiza sus beneficios o que no tenga en cuenta sus costes de mantenimiento–, y exigir a todos sus arrendatarios que le adquieran a su vez todo el papel que vaya a ser usado con la máquina, cuyo precio ha sido fijado en 3 u.m. (1 u.m. por encima del precio de mercado,

²⁵¹ Vid. otras motivaciones, como el reparto más eficiente de riesgos entre las partes en NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, cit., p. 23; CRASWELL: “Tying Requirements in Competitive Markets”, cit., pp. 686-687.

que se sitúa en 2 u.m. por folio). Los consumidores que hagan un uso más intenso de la máquina, es decir, que realicen un mayor número de copias, acabarán pagando más que los que la utilicen en menor medida.

Por tanto, en principio, no es imprescindible utilizar un contrato vinculado para articular una política de precios basada en el nivel de utilización de un bien o servicio; es posible el recurso a instrumentos de cómputo o medición directos. Ahora bien, pese a no ser la única opción, sí es la más frecuente en la práctica y, si bien, en principio, ambas alternativas producen el mismo efecto en los consumidores (mayor precio para los consumidores más intensivos), el impacto en el mercado difiere notablemente en función de la modalidad de medición adoptada. De hecho, la utilización de una práctica de vinculación es más peligrosa desde el punto de vista de la competencia ya que, con independencia de la intención empresarial, puede causar determinados daños colaterales como, por ejemplo, la desaparición de mercados independientes de complementos o accesorios, incrementando los costes de los competidores y dificultando la entrada de nuevas empresas en el mercado²⁵².

Al igual que en el caso de la medición directa, la medición –y subsiguiente fijación de precios- a través de un contrato vinculado, puede obedecer a alguno de los objetivos o finalidades previamente indicadas.

La empresa puede tener costes que dependen de la utilización que cada cliente haga del bien. La vinculación de éste con un producto complementario permite diferenciar entre los distintos clientes en función de la intensidad de uso del bien y, por tanto, fijar los precios en atención a los costes generados por cada uno de ellos²⁵³. Así, el arrendador de una

²⁵² Vid. *in extenso*, NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 77 y ss.

²⁵³ Algunos autores limitan el concepto de *metering* a estos supuestos (*ad.ex.* HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, *cit.*) Consideramos más correcta la utilización del término *metering* en su sentido más amplio, identificado con la medición o cálculo de la intensidad de uso del producto principal, con independencia de la finalidad que se persiga con ello. Así, la medición puede estar orientada tanto a cubrir los costes que dependen de la utilización que se realice del

máquina puede tener gastos de mantenimiento o costes de uso que varían en función de la utilización de la máquina. La utilización de contratos vinculados puede ser una buena forma de medición del uso de la máquina, a fin de que cada arrendatario pague su cuota de costes de mantenimiento. Por ejemplo, la empresa A se dedica al arrendamiento de máquinas fotocopadoras. Sea o no un monopolista, tiene gastos de mantenimiento que varían con la intensidad de uso de la máquina. El coste es de 1 u.m. por copia realizada por la máquina. A alquila la máquina a un precio que no tiene en cuenta estos costes de mantenimiento, sin embargo, obliga a cada arrendatario a adquirir el papel a un precio de 3 u.m. por folio (1 u.m. más que el precio del papel en el mercado). Por tanto, A obtiene la misma cantidad de beneficios con cada arrendamiento, pero cada arrendatario se ve obligado a pagar los costes que actualmente ocasiona a la máquina que arrienda²⁵⁴.

Esta utilización de las prácticas de vinculación ha sido considerada por algunos autores como neutral o inofensiva desde el punto de vista de la protección de la competencia en el mercado²⁵⁵. No obstante, si bien es cierto que la finalidad perseguida con esta conducta empresarial es perfectamente legítima, ya hemos señalado anteriormente, como la persecución de la misma a través de una práctica de vinculación puede originar determinados efectos colaterales, lesionando la estructura y desarrollo del proceso competitivo en los mercados afectados. Por tanto, consideramos que, lejos de afirmar la legalidad *per se* de la práctica en estas situaciones, es más adecuado acudir a un análisis en el que se ponderen eventuales efectos pro y anticompetitivos y en el que se tenga particularmente en cuenta, la

producto como a discriminar, existan costes o no , entre los distintos clientes en función del valor que otorgan al bien.

²⁵⁴ Ejemplo tomado, parcialmente, de HOVENKAMP: *Antitrust, cit.*, p. 157.

²⁵⁵ Vid. en este sentido, SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, cit., p. 258; HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy, cit.*, p. 380; FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo II, cit.*, pp. 812-813, quienes defienden que esta utilización de las prácticas de vinculación es legítima siempre y cuando la empresa no tenga una posición dominante o, en todo caso, cuando esté en posesión de un derecho de propiedad industrial que ampare la utilización del bien.

inexistencia de otras alternativas menos restrictivas de la competencia que permitan igualmente la consecución de este objetivo²⁵⁶.

Si la utilización más o menos intensa del bien no afecta en ningún modo a la estructura de costes empresariales, pero su valoración varía entre los distintos clientes, el recurso a la vinculación constituye una estrategia eficaz de articulación de una política de precios discriminatoria²⁵⁷.

Incluso un monopolista se enfrenta a un dilema clásico a la hora de fijar un único precio en el mercado para todos los posibles clientes del bien. Si el precio es excesivamente elevado, pierde ventas. Si, por el contrario, es demasiado bajo, sacrifica beneficios que podrían derivarse de la existencia de clientes que hubieran estado dispuestos a pagar un precio superior. El monopolista se ve obligado a fijar un precio en el que coincidan coste e

²⁵⁶ La Comisión Europea no aceptó, en el caso *Vaessen Moris* (*cit.*) el argumento según el cual la obligación del licenciataria de comprar al cedente de la licencia los intestinos necesarios para el envasado de los salchichones equivalía, de hecho, al pago de un canon por cada acto de utilización de la máquina, es decir, a la utilización del producto vinculado (intestinos) como instrumento de medición de la intensidad de uso del producto principal (máquina de envasado).

²⁵⁷ Esta utilización de los contratos vinculados ha sido objeto de una especial atención doctrinal. Vid. *ad.ex.*: AREEDA: *Antitrust Analysis*, *cit.*, pp. 570 y ss.; BAUER: "A simplified Approach to Tying Arrangements", *cit.*, pp. 292 y ss.; BAKER: "The Supreme Court and the Per Se Tying Rule", *cit.*, pp. 1258 y ss.; BISHOP/WALKER: *The Economics of EC Competition Law*, *cit.*, pp. 211 y ss.; DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Madrid, 2003, pp. 360 y ss.; CUCINOTTA: "Il regime monopolistico delle tying clauses", *cit.*, pp. 79 y ss.; STRASSER: "An Antitrust Policy for Tying Arrangements", *cit.*, pp. 275 y ss.; HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, *cit.*, pp. 378 y ss.; IDEM: *Antitrust*, *cit.*, pp. 155 y ss.; NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 77 y ss.; WOLLENBERG: "An Economic Analysis of Tie-in Sales", *cit.*, pp. 750 y ss.; PEARSON: "Tying arrangements and the antitrust policy", *cit.*, pp. 647 y ss.; OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, *cit.*, pp. 26 y ss.; SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, *cit.*, p. 258 y ss.; SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, pp. 449 y ss.; LIEBOWITZ: "Tie-in sales and price discrimination", 21, *Econ. Inq.*, 1983, pp. 387 y ss. Esta utilización de las prácticas de vinculación ha sido especialmente estudiada por la Escuela de Chicago, siguiendo las líneas básicas defendidas, generalmente, de forma oral, por DIRECTOR. Vid. BOWMAN: "Tying arrangements and the leverage problem", *cit.*, pp. 23 y ss.; BORK: *The Antitrust Paradox*, *cit.*, pp. 376 y ss.; POSNER: *Antitrust Law*, *cit.*, pp. 200 y ss.

ingreso marginal²⁵⁸ pero, ésta solución, en presencia de una valoración heterogénea del bien, no constituye la forma más eficiente de explotación de su poder de mercado. Existen consumidores que valoran –y, por tanto, pagarían- el bien por encima de su coste, lo que supone una pérdida de oportunidades desde la perspectiva empresarial. Cuando una empresa obtiene distintos niveles de beneficios de distintos compradores, es decir, cuando varía la elasticidad de la demanda de los diversos consumidores del bien, puede, de forma general, maximizar sus beneficios cobrando a cada consumidor lo máximo que ese cliente en particular está dispuesto a pagar por el producto o el servicio (precio de reserva del consumidor). Un monopolista que consiga discriminar entre sus clientes en función de la distinta valoración que éstos realicen del bien podrá maximizar sus beneficios, ganando más que uno que no pueda²⁵⁹.

Una política de precios discriminatoria puede así, revelarse como una opción empresarial muy atractiva, ahora bien, su implementación se halla sujeta, en la mayoría de las ocasiones, a una serie de limitaciones, tanto legales como prácticas. Las barreras legales derivan del recelo tradicionalmente adoptado frente a estas políticas desde la óptica de la tutela de la libre competencia, de ahí que, en los principales sistemas jurídicos, se encuentren sujetas a limitaciones y prohibiciones, de mayor o menor rigor²⁶⁰. Los problemas prácticos fundamentales residen en las dificultades asociadas a la identificación de distintos grupos de consumidores y a la prevención del arbitraje. La empresa, a fin de poder

²⁵⁸ Vid. *supra*, Capítulo I.II.C.2, 2.2.

²⁵⁹ Vid. NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, p. 34; POSNER: *Antitrust Law*, *cit.*, p. 200.

²⁶⁰ En determinados Estados, como Australia, Canadá o EE.UU. se ha adoptado una norma específica en materia de discriminación de precios; en el caso estadounidense se trata de la denostadísima Robinson-Patman Act de 1936. En otros sistemas jurídicos, por el contrario, no existe una norma semejante, regulándose la discriminación de forma fragmentaria a lo largo del articulado de diversos textos legales. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo, el Tratado de Roma prohíbe la discriminación de precios, tanto en el artículo 81.1.d) como en el artículo 82.c). en ambos preceptos se condena la *aplicación a los terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que les ocasionen una desventaja competitiva*. Vid., *in extenso*, sobre el marco legal de las prácticas discriminatorias en los distintos sistemas, DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, *cit.*, pp. 137 y ss.

articular una política discriminatoria, tiene que ser, en primer término, capaz de diferenciar entre los clientes en atención a la distinta elasticidad de la demanda de cada uno de ellos, distinguiendo entre los que otorgan un gran valor al producto y aquéllos que, pese a tener un interés menor, estarían dispuestos a adquirir el producto a un precio rentable para la empresa. En segundo lugar, es necesario que cada categoría de usuarios o clientes pague efectivamente el precio que para ella ha sido establecido. Es preciso que la empresa cuente con los medios necesarios para impedir el arbitraje, que se produciría si los consumidores que han obtenido el bien a un precio inferior pudieran revendérselo al consumidor que está dispuesto a pagar un precio mayor²⁶¹

Estos problemas pueden ser solventados gracias a los contratos vinculados de proporciones variables. Las prácticas de vinculación constituyen instrumentos especialmente eficaces de articulación de una política de precios discriminatoria. La cantidad que los potenciales adquirentes están dispuestos a desembolsar por un determinado bien, es decir, el valor que le otorgan, puede depender de la distinta intensidad con la que piensen utilizarlo. Generalmente, a un uso mayor se acompañará la disponibilidad a pagar un precio más elevado. Por tanto, identificados los clientes que utilizan en mayor medida el bien, gracias a la práctica de vinculación, es posible exigirles un precio superior que a los clientes que utilizan y, por tanto, cabe presumir que valoran, el bien en menor medida.

El siguiente ejemplo permite clarificar el funcionamiento en la práctica de esta posible utilidad de los contratos vinculados²⁶². Algunos arrendatarios de máquinas fotocopadoras pueden realizar 100 copias al mes, otros 1.000 y otros 10.000. Los costes del monopolista permanecen invariables con independencia del uso que se le dé a la máquina. En principio, cabe deducir que aquéllos que realizan un mayor número de fotocopias tendrán un mayor interés en la máquina y estarán dispuestos a

²⁶¹ Vid. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, cit., pp. 378-379; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, cit., p. 79.; DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, cit., pp. 234 y ss.; FERGUSON: “Tying arrangements and reciprocity”, cit., pp. 554 y ss.

²⁶² Ejemplo tomado parcialmente de HOVENKAMP: *Antitrust*, cit., pp. 155 y ss.

pagar por ella un precio más alto que aquellos que realicen un número de fotocopias inferior. En este caso, el arrendador podría obtener mayores beneficios vinculando el *leasing* de la máquina con la adquisición de papel y cobrando un precio monopolístico por éste. La empresa A fabrica y arrienda una máquina fotocopidora patentada que es eficiente, segura y que hace mejores copias que el resto de las máquinas existentes en el mercado. Consiguientemente, A tiene un poder de mercado sustancial en el mercado de las máquinas fotocopadoras. En un mercado competitivo, el precio de alquiler de las máquinas sería de 100.000 u.m. al mes. Como consecuencia de la tenencia de una posición de poder en el mercado, el precio que maximiza los beneficios de A es de 150.000 u.m. al mes. El papel no está patentado y puede ser adquirido en el mercado a un precio competitivo de 2 u.m. por folio. A alquila la máquina por 100.000 u.m. al mes pero obliga a todos sus clientes a adquirir su papel a un precio de 4 u.m. por folio. A no obtiene beneficios con la máquina, pero sí gana 2 u.m. de beneficios monopolísticos con cada folio de papel. El pequeño arrendatario que sólo hace 1.000 copias al mes, le da a A 2000 u.m. al mes en beneficios monopolísticos. El de tamaño medio que realiza 10.000 copias al mes, le da 20.000 u.m. y el grande que hace 50.000 copias le da 100.000 u.m. Los beneficios monopolísticos netos de A son mayores que si arrendara la máquina a cada cliente al precio de 150.000 u.m. al mes.

Esta política permite esquivar los problemas prácticos asociados a la discriminación directa. La identificación de los distintos grupos de consumidores se realiza en atención a las distintas cantidades que cada uno de ellos requiere del producto vinculado. Se impide el arbitraje, es decir, el flujo de mercancías desde los consumidores que pagan menos a los consumidores que pagan más, ya que, el canon de arrendamiento de la máquina (producto principal) es el mismo en todos los casos, los beneficios empresariales monopolísticos derivan del precio del papel, cuya venta depende de la mayor o menor intensidad de uso de la máquina.

Esta utilización de las prácticas de vinculación, pese a no haber recibido mucha consideración por las autoridades en materia de competencia, es relativamente frecuente en la práctica, por ejemplo, en el

campo de las franquicias²⁶³. De hecho, los miembros de la Escuela de Chicago y, en general, quiénes rechazan la viabilidad del *leverage*, explican de esta forma la finalidad prevalente de las prácticas de vinculación²⁶⁴. Así, determinados casos cuyo razonamiento fue articulado en base a otros parámetros, como la posibilidad de extensión del poder de monopolio o la exclusión de competidores, han sido reinterpretados por la doctrina como ejemplos de utilización de una práctica de vinculación para articular una política de discriminación en los precios²⁶⁵.

²⁶³ Vid. *ad.ex.*, *Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream*, 664 F.2d 1348 (9th Cir. 1982); *Bogosian v. Gulf Oil Corp* (561 F.2d 434 (3d Cir.1977); *Ungar v. Dumkin'Donuts of America, Inc.*, 68 F.R.D. 65 (E.D. Pa 1975), *rev'd*, 531 F.2d 1211 (3d Cir.), *cert.denied*, 429 U.S. 823 (1976). Sobre la utilización de las prácticas discriminatorias en los contratos de franquicia, vid. BAKER: "The Supreme Court and the Per Se Tying Rule", *cit.*, pp. 1258 y ss.; HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, *cit.*, pp. 379 y ss.

²⁶⁴ Vid. BORK: *The Antitrust Paradox*, *cit.*, pp. 376 y ss.; BOWMAN: "Tying arrangements and the leverage problem", *cit.*, pp. 23 y ss.; MARKOVITS: "Tie-ins and Reciprocity: A Functional, Legal and Policy Analysis", *cit.*, pp. 1363 y ss.; POSNER: *Antitrust Law*, *cit.*, pp. 199 y ss.

²⁶⁵ Vid. *ad.ex.*, en el ámbito estadounidense, los casos *Henry v. A.B.Dick Co.*, 224 U.S. 1 (1912); *IBM v. United States*, 298 U.S. 131 (1936); *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing*, 243 U.S. 502 (1917); *Carbice Corp. of America v. American Patents Development Corp.*, 283 U.S. 27 [1931]. Las circunstancias fácticas en estos supuestos respondían al patrón de la discriminación a través de contratos vinculados. Fueron objeto de vinculación productos complementarios, utilizados en proporciones variables y en los que, la cantidad requerida de uno de los bienes variaba en función de la intensidad de uso del otro. El célebre caso *International Salt*, en ocasiones, ha sido también incluido en esta categoría, reflexión que no compartimos. En principio, reúne los elementos anteriormente mencionados y, por tanto, podría aparecer a primera vista como un caso de precios discriminatorios. El demandado alquilaba sus máquinas de inyección de sal (para productos enlatados) sólo a aquellos que se comprometían a adquirir también la sal. Sin embargo, esta obligación sólo operaba si el demandado se comprometía a establecer el precio prevaeciente en el mercado. Si el demandado podía adquirir sal más barata en otro lugar, era libre de hacerlo. Como los contratos vinculados sólo funcionan como instrumento de discriminación en los precios cuando el arrendador puede fijar un precio monopolístico para el producto vinculado, es improbable que en este caso existiera discriminación en los precios. Resulta más plausible que el contrato vinculado estuviera siendo utilizado con otra finalidad, ya sea la ejecución de un acuerdo cartelístico o, tal y como argumentaban los demandados, para asegurarse de que los arrendatarios sólo utilizaban sal de alta calidad.

Por lo que al ámbito europeo se refiere, en el caso *Tetra Pak II*, la Comisión señaló expresamente que el recurso a prácticas de vinculación facilitaba la ejecución de políticas discriminatorias. NALEBUFF (DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, tomo II, case studies, pp. 17 y ss.) defiende que, esta misma motivación, informaba realmente las prácticas de vinculación utilizadas en el caso *Hilti* aunque, ni la decisión del ejecutivo, ni la sentencia judicial contemplaran esa posibilidad.

2. Instrumento de explotación de preferencias heterogéneas de los consumidores: práctica de *block-booking*

En la situación que acabamos de examinar, la discriminación parte de que, el valor que cada cliente otorga a un bien está positivamente relacionado con el uso que realiza del mismo. La vinculación permite computar ese uso y, consiguientemente, deducir del mismo la valoración y el precio de reserva de cada uno de los consumidores. La operatividad del *tying* como instrumento de medición exige, tanto la existencia de una relación de complementariedad entre los bienes, como que éstos sean utilizados con arreglo a un esquema de proporciones variables. La doctrina ha identificado otra posible modalidad de discriminación, articulada a través de un contrato vinculado, que no parte del uso del bien, sino de la existencia de distintas preferencias entre los consumidores y en la que es posible, tanto que los bienes sean utilizados en proporciones fijas como, incluso, que la demanda de cada uno de ellos sea totalmente independiente²⁶⁶.

La vinculación o agrupación posibilita una reducción de la heterogeneidad en la valoración de los consumidores, debido a que el valor atribuible al paquete de productos frecuentemente será más homogéneo que el valor otorgado a cada uno de los componentes individuales que lo integran. La vinculación como mecanismo de explotación de preferencias heterogéneas, explica una práctica empresarial, en el ámbito de las productoras cinematográficas, relativamente habitual, que se conoce, en terminología anglosajona, como “*block-booking*” (alquiler en bloque),

²⁶⁶ Esta posibilidad fue explorada inicialmente por BURSTEIN: “A Theory of Full-line Forcing”, *cit.*, pp. 62 y ss. y STIGLER: *United States v. Loew’s, Inc.: A Note on Block-Booking*, Sup.Ct.Rev. 1963, pp. 152 y ss., y es recogida también por NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp.33 y ss.; WOLLENBERG: “An Economic Analysis of Tie-in Sales”, *cit.*, pp. 751 y ss.; STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, pp. 275 y ss.; DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, *cit.*, p. 362; SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, *cit.*, pp. 271 y ss.; SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, pp. 453 y ss.

consistente en la subordinación de la venta o licencia de determinadas películas a la adquisición de otras películas menos deseadas o de inferior calidad²⁶⁷.

Una práctica de estas características fue sometida al enjuiciamiento del Tribunal Supremo estadounidense en el caso *United States v. Loew's Inc.*²⁶⁸, quien concluyó que la práctica de “block-booking” de películas sujetas a derecho de autor para su exhibición televisiva constituía un contrato vinculado ilegal bajo la sección 1 de la *Sherman Act*, cuyos efectos negativos principales eran la reducción de la libertad de opción de los consumidores y la exclusión de competidores del mercado del producto vinculado²⁶⁹. Una reinterpretación de este caso llevada a cabo por STIGLER sugiere que, la verdadera finalidad de la práctica de *block-booking* era facilitar una forma de discriminación en los precios²⁷⁰. La oferta de un

²⁶⁷ Las prácticas de *block-booking* no constituyen la única manifestación de esta utilidad de las prácticas de vinculación, de hecho, en la práctica, encontramos numerosos ejemplos de ofertas conjuntas articuladas para explotar diferencias correlativas de valor de determinados bienes entre los consumidores como, programas únicos de conciertos, paquetes en parques de ocio o entretenimiento que ofrecen un precio único por las distintas atracciones, en lugar de fijar el precio de cada una de ellas separadamente, etc. También podría explicarse en estos términos, la licencia conjunta de un grupo de patentes o la licencia de grupos de obras musicales protegidas por un derecho de autor. Vid., *in extenso*, SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, pp. 454 y ss.

²⁶⁸ 371 U.S. 38 (1962).

²⁶⁹ Vid. *supra*, Capítulo III, II.B.2.

²⁷⁰ Otros autores han ofrecido explicaciones alternativas a esta práctica empresarial. Así, BAYS (“Tying arrangements should be per se legal”, *cit.*, pp. 630 y ss.; “Balancing the benefits and costs of the tying prohibition”, *cit.*, pp. 163 y ss.28 ABLJ, 1990-1991, pp.161 y ss.) defiende que la técnica de block-booking no constituye tanto una sutil práctica de discriminación, como un instrumento de reducción de costes de transacción en mercados de productos de calidad variable e incierta. La distribución y fijación del precio de las películas de forma individual exigiría evaluaciones costosas e inciertas (al llevarse a cabo antes del estreno de las películas), tanto a los distribuidores como a los exhibidores, sobre la eventual calidad del producto. La fijación del precio de un paquete de películas, sin embargo, es más estable y predicible ya que las distintas calidades de las películas integrantes del mismo tienden a compensarse entre sí. Estableciendo un precio para el paquete y rechazando la venta individual, el distribuidor, en realidad, está fijando un precio que refleja la calidad media estimada de las películas que integran ese grupo. Películas de calidad inferior a la media reciben un sobreprecio, mientras que aquellas de calidad superior se ofrecen a un precio inferior al que tendrían en un mercado con información perfecta y completa. Si las películas fueran vendidas separadamente, no serían accesibles a estos precios medios, sino a precios que

paquete de productos puede ayudar a una empresa a extraer de sus clientes la cantidad máxima que éstos están dispuestos a pagar, bien cuando no se conocen los valores relativos que cada uno de ellos otorga a los diferentes componentes del paquete o, cuando, aún conociéndose, no cabe el recurso a la discriminación directa, por ejemplo, por la existencia de prohibiciones legales.

Imaginemos que una empresa ofrece dos películas, una superproducción A y un film independiente B. Un cliente estaría dispuesto a pagar 1000 u.m. por A y 500 por B. Otro pagaría 1500 por A y tan solo 200 por B. La empresa está obligada a fijar un precio único por cada uno de los bienes, porque, de lo contrario, su conducta podría dar lugar a una infracción de la normativa *antitrust*, que prohíbe la discriminación de precios. Si el vendedor vendiera separadamente los bienes al precio que el mercado demanda podría recabar un ingreso máximo de 2000 por A y de 500 por B²⁷¹, 2500 en total. Sin embargo, si se fija un precio único por el paquete y se obliga a comprar ambas películas, sus beneficios aumentan.

tendrían que incluir sustanciales costes de información. La ruptura del paquete exigiría, por tanto, que el precio de todas las películas –de todas las calidades– fuera determinado de forma individual, lo que conduciría a un incremento del coste global del distribuidor de un número dado de películas, respecto al que soportaría si esas mismas películas fueran ofertadas exclusivamente en un paquete. Este razonamiento es duramente criticado por CELNICKER (“A response to Carson W. Bays’s call for per se legality of tying arrangements”, *cit.*, pp. 152 y ss.) quien lo tacha de residual y especulativo. Sólo sería aplicable en presencia de determinadas circunstancias fácticas muy delimitadas, como la necesidad de que los productos presenten calidades, tanto altamente variables como difíciles y costosas de evaluar. Además, el vendedor debe conocer el valor del paquete de productos, pero ser incapaz de valorar cada uno de sus componentes individuales sin incurrir en grandes costes (circunstancias éstas que el autor no considera presentes en la industria cinematográfica). Por último, la teoría de BAYS es criticada sobre la base de que, si el acuerdo supone efectivamente una reducción de los costes del exhibidor, no habría necesidad de imponerlo a través de una vinculación obligatoria. CELNICKER ofrece a su vez, una visión alternativa sobre la finalidad de estas prácticas, cual es la erección de barreras de entrada por parte de los distribuidores en el mercado de la exhibición, si bien no desarrolla en profundidad este argumento.

²⁷¹ El precio de maximización de beneficios de A es 1000 y el de B 500. Si fijara el precio del bien A en 1500 vendería una única unidad de producto, por lo que su recaudación total por ese bien sería de 1500. Si el precio viene fijado en 1000, realizaría dos ventas con una recaudación de 2000. Por lo que se refiere al bien B, si su precio viniera establecido en 200, ambos clientes lo adquirirían, pero los ingresos totales serían de 400, inferiores a los que resultarían de hacer una sola venta por valor de 500.

Así, si el precio del paquete viene fijado en 1500 u.m., ambos clientes adquirirían las dos películas y su recaudación total sería de 3000 u.m.²⁷².

Por tanto, en los casos en que dos productos están sujetos a valoraciones relativas diversas por parte de los consumidores, la oferta conjunta de ambos en un paquete puede revelarse como una opción empresarial remunerativa, ya que permite a la empresa aumentar sus beneficios respecto de los que obtendría si los componentes que integran el paquete fueran ofertados individualmente. Una política de precios discriminatoria sólo es necesaria si existen diferentes valoraciones de los bienes²⁷³. Al unir estos en un único “producto”, comprensivo de todos ellos, se reducen esas diferencias en la valoración, se homogenizan las preferencias de los consumidores²⁷⁴.

3. Conclusión

Hemos incluido la vinculación como instrumento de ejecución de una política de precios discriminatoria dentro del apartado de efectos en el mercado del producto principal. Si bien es cierto que, en estos casos, la práctica determina el pago de un precio más elevado por el producto vinculado cuando es adquirido conjuntamente con el principal, generalmente carecerá de efectos significativos en la estructura o funcionamiento global del mercado del producto vinculado²⁷⁵. La finalidad

²⁷² Ejemplo tomado parcialmente, de SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, cit., p. 272.

²⁷³ Si en el ejemplo anterior, ambos clientes valoraran la película A en 1000 y la película B en 300, la discriminación no sería necesaria para maximizar beneficios, bastaría con la fijación del precio de A en 1000 y el de B en 300, para extraer todo el excedente del consumidor.

²⁷⁴ SULLIVAN insiste en que, estas prácticas no conducen a un incremento del uso o difusión de una tecnología u otros materiales amparados por un derecho de autor. Su único efecto significativo es posibilitar a la empresa la fijación de un precio más elevado y el aumento de sus beneficios. Vid. SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, cit., p. 453.

²⁷⁵ Así, por ejemplo, en la mayoría de casos, el producto vinculado utilizado como “contador” de la intensidad de uso del producto principal, se trata de un bien usual

no es la ampliación de beneficios como consecuencia de la extensión de una posición de poder a un segundo mercado, sino el mejor aprovechamiento del poder ya existente, cuya explotación eficiente se ve dificultada por la existencia de valoraciones diversas del bien y la necesidad de fijar un único precio para todos los clientes. Los beneficios más elevados que obtiene el monopolista no son consecuencia de una extensión o refuerzo de su poder de mercado sino que, la discriminación en los precios consiente, simplemente, al monopolista la posibilidad de disfrutar y aprovechar el poder del que ya dispone.

¿Qué valoración merecen las políticas de precios discriminatorias desde la óptica del Derecho de la competencia²⁷⁶? La respuesta a este interrogante no es sencilla o, al menos, no es unánime. Algunos sectores defienden la neutralidad –o incluso procompetitividad– de estas prácticas empresariales, sobre la base de que conducen a un nivel de producción más elevado que el que existiría en ausencia de discriminación. Esta política tiene como consecuencia que el producto sea accesible a un mayor número de consumidores, concretamente a aquéllos con demandas más elásticas que no hubieran adquirido el bien al precio único monopolista. Un posible efecto de estas conductas es la transferencia de bienestar de los consumidores a los productores²⁷⁷ que ven incrementado su nivel de beneficios, factor éste, no obstante ante el que el Derecho de la competencia –se defenderá–, debe permanecer indiferente²⁷⁸.

o consumible, como papel, sal, hielo... en los que es lógico descartar un intento de monopolización del mercado.

²⁷⁶ Los acuerdos de vinculación constituyen, principalmente, en estos casos, un modo de implementar o articular en la práctica una política de precios discriminatorios. Discriminación sobre la que recae, en última instancia, el juicio de anticompetitividad, por lo que el análisis de estos casos se enmarca mejor dentro de la política, normas y reglas específicas sobre discriminación de precios. Un análisis pormenorizado excede ampliamente del alcance del presente trabajo, por lo que nos limitamos a exponer el marco general en el que, actualmente, se encuadra el debate sobre la política a seguir frente a prácticas discriminatorias, remitiendo para su desarrollo a literatura especializada. En este sentido, vid. especialmente: DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, cit.

²⁷⁷ Gracias a esta política, las empresas consiguen efectivamente apropiarse del excedente del consumidor. Vid. *supra*, Capítulo I.II.C.

²⁷⁸ Vid., en este sentido: BORK: *The Antitrust Paradox*, cit., pp. 394 y ss.; POSNER: *Antitrust Law*, cit., pp. 926 y ss.; PEARSON: “Tying arrangements and the antitrust

Otros autores expresan mayores reservas sobre la bondad de esta práctica. En algunos casos se defiende que el incremento de la producción - y la consiguiente mejora de la eficiencia en la asignación de recursos- sólo opera en los supuestos, extraños en la práctica, de discriminación perfecta, es decir, en el caso de que cada cliente pague efectivamente su precio de reserva por el producto²⁷⁹. La mayoría de autores coinciden en resaltar la ambigüedad competitiva de la conducta, destacando que, si bien es cierto que algunos clientes terminan pagando más de lo que hubieran hecho si la empresa se hubiera limitado a cobrar la máquina a su precio maximizador de beneficios, otros pagan menos y algunos no habrían adquirido el bien en absoluto de no ser por esta política²⁸⁰. Por tanto, estos contratos pueden incrementar la producción. Cuando tienen ese resultado es muy difícil de determinar en el caso concreto²⁸¹.

Tradicionalmente, tanto las autoridades administrativas como judiciales se han mostrado escépticas frente a las alegaciones de eficiencia y neutralidad competitiva de las políticas discriminatorias implementadas a través de contratos vinculados. En la jurisprudencia estadounidense, la alegación de que la vinculación simplemente constituía una forma de aprovechamiento de un poder preexistente al favorecer la discriminación, ha sido rechazada reiteradamente como posible justificación de la conducta²⁸². En Europa, la Comisión, ha destacado expresamente entre los posibles efectos anticompetitivos de la vinculación, los precios

policy”, *cit.*, pp. 653 y ss.; WOLLENBERG: “An Economic Analysis of Tie-in Sales”, *cit.*, pp. 751 y ss.

²⁷⁹ Vid. NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp.23 y ss. y pp. 77 y ss.

²⁸⁰ Vid. BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 293 y ss.; STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 277 y ss.; SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, pp. 450 y ss.

²⁸¹ Vid. *in extenso*, sobre los efectos de la discriminación, DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, *cit.*, pp. 248 y ss.

²⁸² Vid. *ad. ex. Jefferson Parish Hospital District No 2 v. Hyde*, 446 U.S. 2 (1984); *Fortner Enterprises v. United States Steel (Fortner I)*, 349 U.S. 495 (1969).

supracompetitivos a los que ésta podría dar lugar cuando es utilizada para ejecutar un esquema de discriminación de precios²⁸³.

La inexistencia de un consenso –desde el punto de vista de la teoría económica- sobre los efectos de la discriminación de precios, imposibilita el ofrecimiento de reglas o respuestas generales y exige la necesaria remisión a las circunstancias particulares del caso concreto. Ahora bien, aunque la trascendencia de la conducta en el mercado del producto vinculado generalmente no tendrá gran entidad, no hay que olvidar que los contratos vinculados poseen un potencial anticompetitivo que justifica, en nuestra opinión, una actitud de, al menos, cierto recelo, cuando constituyen el instrumento a través del que se posibilita la concreción en la práctica de una política discriminatoria de efectos ambiguos sobre la competencia²⁸⁴.

D) MECANISMO DE CONTROL DE ACUERDOS CARTELÍSTICOS

Hasta ahora, hemos venido examinando la realización de prácticas de vinculación, como resultado de la voluntad unilateral de una empresa. Ahora bien, la imposición de la obligación de adquirir un segundo producto en las relaciones con terceros, puede formar parte del acuerdo o concierto entre una pluralidad de empresas. En estos casos, el recurso a los contratos vinculados, especialmente si se incluyen cláusulas de alineación o cláusulas inglesas²⁸⁵, puede revelarse como un instrumento útil para garantizar la estabilidad o éxito de un acuerdo de fijación de precios (cártel)

²⁸³ “La vinculación también puede llevar a precios supracompetitivos, especialmente (...), cuando permite que se produzcan discriminaciones de precios en función del uso que haga el cliente del bien vinculante, por ejemplo, cuando se vincula la venta de cartuchos de tinta a la venta de máquinas fotocopadoras (*metering*)”. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 217.

²⁸⁴ Vid., en este mismo sentido, SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, cit., p. 452.

²⁸⁵ Sobre el concepto de cláusula de alineación, vid. *supra*, Capítulo III, II.B.2.

o de cualquier otra modalidad de coordinación anticompetitiva entre empresas competidoras²⁸⁶.

Siempre que las empresas sean capaces de coordinar sus actividades en el mercado, pueden maximizar sus beneficios colectivos en perjuicio de los consumidores, incrementando los precios y reduciendo los niveles de producción. Si bien es cierto que las empresas poseen fuertes incentivos para suprimir la competencia entre ellas, el establecimiento de una acción conjunta en el mercado no está exento de dificultades. En concreto, la teoría económica ha identificado una serie de factores de los que se hace depender el éxito y sostenibilidad de una actuación coordinada entre empresas competidoras²⁸⁷. En primer lugar, todo acuerdo o cooperación entraña una dificultad inicial que es la determinación de sus términos y alcance²⁸⁸. Superada esa primera barrera, es preciso arbitrar mecanismos eficaces y creíbles de detección y castigo de posibles infracciones²⁸⁹.

²⁸⁶ El uso de las prácticas de vinculación como instrumento facilitador de acuerdos colusorios, ha sido analizado por diversos autores, vid., entre las contribuciones más relevantes: HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy, cit.*, pp. 374 y ss.; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 81 y ss.; BAYS: “Tying Arrangements should be per se legal”, *cit.*, pp. 633 y ss.; WOLLENBERG: “An Economic Analysis of Tie-in Sales”, *cit.*, pp. 737 y ss.; GRIMES: “Antitrust tie-in analysis after Kodak: understanding the role of market imperfections”, *cit.*, pp. 283 y ss.

²⁸⁷ Las tesis estructuralistas, que ejercieron una influencia notable en la política *antitrust* estadounidense durante los años cincuenta y sesenta, defendían que la coordinación anticompetitiva era prácticamente esencial a los mercados oligopolísticos. A partir de los años sesenta empieza a consolidarse en la doctrina económica el modelo propuesto por George STIGLER, profesor de la Universidad de Chicago y premio Nobel de Economía, que, rechazando esta afirmación general, identifica una serie de factores de los que depende la presencia de coordinación anticompetitiva estable en un mercado oligopolístico. Vid. *in extenso*, HERRERO SÚAREZ: “El problema del oligopolio en el Derecho comunitario de la competencia”, *cit.*, pp. 121 y ss.

²⁸⁸ Por lo que se refiere al establecimiento de las características de la coordinación, generalmente, cuanto más sencillo y estable sea el entorno económico, más fácil será llegar a un acuerdo sobre las características de la cooperación. Así, por ejemplo, una demanda estable e inelástica o la existencia de homogeneidad entre los productos de los distintos oferentes, son factores que incrementan las posibilidades de entendimiento. Una demanda elástica al precio competitivo dificulta las restricciones de la producción y el incremento de los precios, ya que los consumidores buscarán productos sustitutivos. Una demanda volátil o sujeta con frecuencia a incrementos bruscos y repentinos (*demand booms*) genera incertidumbre y dificulta la planificación. Por otra parte, cuanto más similares sean las empresas oligopolistas (estructuras de costes y de mercado parecidas, niveles de capacidad de producción semejantes y el mismo grado de integración vertical)

Para que la coordinación tenga éxito, es necesario que los miembros del grupo puedan reaccionar frente a eventuales conductas de desvío de los términos acordados. Para ello, las empresas han de estar en posición de verificar adecuadamente el cumplimiento de la coordinación; esto es, deben ser capaces de detectar desviaciones de las condiciones establecidas. Esta capacidad de detección está en función del grado de transparencia existente en los mercados, el cual depende, a su vez, de la forma en que se realizan las transacciones. La transparencia es mayor si las operaciones tienen lugar en mercados abiertos en los que se emparejan oferta y demanda públicamente o en los casos en los que existen publicaciones de las tarifas de precios. Por el contrario, la transparencia será menor si compradores y vendedores negocian confidencialmente transacciones bilaterales o, si los precios reales incluyen descuentos de difícil control. En estos últimos escenarios, las empresas pueden utilizar las prácticas de vinculación para vigilarse, recíproca y prontamente.

Esta utilización de los contratos vinculados como mecanismo de control de desviaciones en acuerdos cartelísticos puede ser ilustrada con los presupuestos fácticos del célebre caso estadounidense *Northern Pacific*²⁹⁰, analizado en apartados anteriores de este trabajo²⁹¹.

más probable es que sus intereses sean compatibles y que puedan ponerse de acuerdo sobre la naturaleza de la coordinación. A su vez, cuanto mayor sea el grado de concentración de los mercados, es decir, cuanto menor sea el número de empresas que operen en el mismo, más fácil será que éstas lleguen a un acuerdo sobre los parámetros de conducta a seguir en el mercado.

²⁸⁹ La existencia de beneficios elevados atraerá a nuevas empresas, por tanto, el éxito de la coordinación exige a los oligopolistas atender a este inconveniente, bien impidiendo la entrada de nuevas empresas o bien convenciendo a las mismas para que se adhieran a su política restrictiva.

²⁹⁰ 356 U.S. 1 (1958). Pese a que el Tribunal Supremo no entró a valorar la posibilidad de que las cláusulas de vinculación impuestas por la empresa *Northern Pacific* formaran parte de un esquema más amplio de fijación de los precios de los servicios de transporte ferroviario, diversos autores han defendido una interpretación del caso en este sentido, vid. CUMMINGS/RUTHER: "The Northern Pacific case", *cit.*; BAYS: "Tying arrangements should be per se legal", *cit.*, pp. 632 y ss.; CUCINOTTA: "Il regime monopolistico delle tying clauses", *cit.*, p. 82; HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, *cit.*, p. 373. Interpretación que este último autor hace extensiva al caso *International Salt*, en el que también estaban presentes contratos vinculados acompañados de cláusulas de alineación.

²⁹¹ Vid. *Supra*, Capítulo III, II.B.2.

La compañía ferroviaria Northern Pacific, había recibido del gobierno estadounidense diversos terrenos a lo largo del recorrido de un proyecto de línea ferroviaria, como incentivo para llevar a cabo esta obra. La empresa arrendaba estos terrenos, para diversos usos, con la condición de que los arrendatarios contrataran con ella el transporte de todas las mercancías manufacturadas o producidas en esos terrenos, siempre que sus tarifas fueran inferiores o iguales a las de sus competidores.

¿Qué finalidad tenían realmente estas cláusulas de transporte preferente (a menos que otras empresas ofrecieran mejores tarifas o servicios) incluidas en los contratos de venta o arrendamiento de tierras? En principio, su propia presencia podía considerarse superflua, dado que, uno de los principales atractivos de los terrenos arrendados era la proximidad a la línea ferroviaria. Por tanto, ¿qué necesidad existía de imponer un servicio que, con toda probabilidad, hubiera requerido igualmente un porcentaje mayoritario de los compradores o arrendatarios²⁹²? La monopolización y explotación subsiguiente de los consumidores en el mercado del transporte ferroviario no parecía tampoco el objetivo perseguido, dado que las cláusulas de escape determinaban que el producto vinculado (transporte) fuera proporcionado a su precio de mercado. Pero, ¿y si ese precio de mercado no era en realidad competitivo, sino fruto de un acuerdo entre las principales compañías ferroviarias²⁹³? Las cláusulas de escape contenidas en los contratos vinculados constituían un mecanismo particularmente eficaz de detección de eventuales desviaciones de los términos cartelísticos ya que, posibilitaban a la empresa un conocimiento real e inmediato de las ofertas de sus competidores. Si una empresa del grupo se separaba de los términos del acuerdo, bajando el precio de sus servicios, el cliente automáticamente lo denunciaría, exigiendo, en virtud de estas cláusulas, la aplicación de las mismas condiciones.

²⁹² Vid. CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, p. 82.

²⁹³ Esta explicación resulta altamente convincente, en atención a las características de los mercados afectados y al historial colusorio existente en el sector del transporte ferroviario, vid. en detalle, CUMMINGS/RUTHER: “The Northern Pacific case”, *cit.*, pp. 341 y ss.

Los contratos vinculados pueden, por tanto, ser utilizados como prácticas facilitadoras (*facilitating practices*). Este concepto, de gran y progresiva importancia, hace referencia a aquellas conductas que facilitan a las empresas la coordinación de precios o la realización de cualquier otra conducta anticompetitiva, englobando todas aquellas prácticas empresariales que pueden ayudar a aliviar los riesgos y dificultades propios de la coordinación anticompetitiva, disminuyendo la incertidumbre y reduciendo los incentivos para desviarse del esquema cooperativo²⁹⁴.

El diseño de una política *antitrust* adecuada frente a estas conductas no es sencillo, dado que el principal riesgo de estas prácticas es su tendencia anticompetitiva en atención a las particulares circunstancias o caracteres de un mercado, más que una anticompetitividad sustancial a las mismas.

Por lo que al ámbito europeo se refiere, en cuanto que, el recurso a la vinculación es resultado del entendimiento o concierto entre empresas, la norma que aparece como de inmediata o lógica aplicación, es el artículo 81 del Tratado CE que sanciona las ententes colusorias, prohibiendo “todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. Así, el artículo cubriría, por ejemplo, el caso de la asociación de productores que aconseja a sus asociados incluir en el precio de venta de un determinado producto también los servicios de mantenimiento o las prestaciones de asistencia post-venta.

Un acuerdo entre empresas competidoras de utilización de cláusulas de vinculación en sus relaciones con terceros, particularmente si se

²⁹⁴ Vid. HERRERO SÚAREZ: “El problema del oligopolio en el Derecho comunitario de la competencia”, *cit.*, pp. 125 y ss.; FERNÁNDEZ DE ARAOZ: “El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría”, *cit.*, pp. 10076 y ss.

encuadra dentro de un marco cooperativo o colusorio más amplio, constituye una restricción de la competencia sancionada en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado. Si bien el concepto de acuerdo utilizado es muy amplio y no exige la presencia de un contrato generador de obligaciones jurídicas²⁹⁵, sí se requiere necesariamente la existencia de, al menos, un cierto concierto o entendimiento entre las empresas²⁹⁶. Por tanto, el artículo 81 no cubriría las situaciones en las que el recurso a la vinculación no resulta de una cooperación consciente entre empresas, sino que es fruto de decisiones unilaterales (aunque puedan ser interdependientes), por ejemplo, si una empresa inicialmente decide ofrecer paquetes de productos y el resto, animadas por el éxito de esta iniciativa, resuelven copiarla posteriormente²⁹⁷.

Este vacío puede, en determinados casos, ser suplido por el artículo 82 del Tratado CE que condena, tanto los abusos cometidos por una empresa en posición de dominio, como los llevados a cabo por varias empresas que comparten esa posición de poder en el mercado, es decir, que se encuentran en una posición dominante colectiva o conjunta. Pese a que el alcance de este concepto no es pacífico, actualmente prevalece una interpretación amplia que lo extiende a estructuras de mercado oligopolísticas que posibilitan la actuación paralela de las empresas sin necesidad de recurrir a acuerdos colusorios²⁹⁸. Por tanto, si dos empresas deciden utilizar una práctica de vinculación para controlar la ejecución de un entendimiento en materia de precios, aunque no existe un acuerdo expreso, la conducta podría venir sancionada como abuso de posición dominante colectiva.

²⁹⁵ Vid. sobre las distintas modalidades de acuerdos colusorios, VELASCO SAN PEDRO: “Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas” en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, cit., pp.61 y ss,

²⁹⁶ Vid. HERRERO SÚAREZ: “El problema del oligopolio en el Derecho comunitario de la competencia”, cit., pp. 129 y ss.

²⁹⁷ En este sentido, vid. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 375.

²⁹⁸ Vid. *in extenso*, HERRERO SÚAREZ: “El problema del oligopolio en el Derecho comunitario de la competencia”, cit., pp. 134 y ss.

E) ENMASCARAMIENTO DE PRECIOS

Otro inconveniente asociado a las prácticas de vinculación es la reducción de la transparencia de los precios para el comprador. La venta conjunta de productos complementarios comporta la fijación de un precio unitario para la oferta combinada. Dentro de la suma comprensiva, así precisada, no es posible distinguir el precio de los bienes individuales que la integran, el comprador no sabe que parte de ese precio va destinado a remunerar cada prestación. Si, por cualquier razón, el vendedor está interesado en ocultar el precio verdaderamente aplicado al producto sobre el que posee poder de mercado, puede unirlo a un segundo bien y camuflar el precio real del primero en la suma del paquete o combinación de productos. Es más, esta manipulación es posible incluso cuando se estipulan precios separados. El vendedor puede manejar los precios, asegurándose una ventaja artificial en el mercado de una de las prestaciones, aplicando a la misma precios muy bajos, con la seguridad de poder recuperar la pérdida de ingresos que sufre mediante un aumento del precio de la otra²⁹⁹.

Las prácticas de vinculación pueden convertirse así en útiles instrumentos para burlar restricciones en la fijación del precio del producto principal³⁰⁰. Generalmente, estarán orientadas a eludir la imposición de “precios máximos”, resultado, por ejemplo, de la regulación pública de un determinado sector³⁰¹, si bien, en otras ocasiones, su finalidad puede ser la

²⁹⁹ Vid. FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, Tomo II, cit.*, p. 804.

³⁰⁰ Analizan esta posible utilización de las prácticas de vinculación, BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 296 y ss.; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 83 y ss.; NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects, cit.*, pp. 10 y ss.; HOVENKAMP: *Antitrust, cit.*, p. 154; IDEM: *Federal Antitrust Policy, cit.*, pp. 375 y ss.; WOLLENBERG: “An Economic Analysis of Tie-in Sales”, *cit.*, p. 753.

³⁰¹ Durante la II Guerra Mundial, por ejemplo, a fin de burlar la regulación de precios existente en el mercado del whisky, las empresas vinculaban éste con otros productos alcohólicos no regulados, como ron o vino. BOWMAN: “Tying arrangements and the leverage problem”, *cit.*, pp. 22-23.

evasión fiscal³⁰² o, incluso, la desestabilización de situaciones de precio oligopolísticas en el mercado del producto principal³⁰³.

En el primer supuesto, el producto principal formalmente será objeto de venta al precio “máximo exigido”, pero podrá obtenerse su verdadero “valor de mercado”, al forzar a los clientes a adquirir un segundo bien a un precio más elevado, que refleje la diferencia entre el precio máximo impuesto y el precio que resultaría en un mercado libre³⁰⁴.

³⁰² Si el precio de dos bienes complementarios constituye la base imponible de un impuesto con cuotas diferenciadas, la reducción del precio del bien gravado con el tributo más oneroso, acompañada de la obligación de adquirir el bien complementario a un precio más elevado, puede constituir un expediente eficaz –si las condiciones del sistema fiscal lo permiten– para eludir la aplicación del impuesto más alto, camuflando el precio real sobre el que éste debiera aplicarse. Vid. CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, p. 83.

³⁰³ En mercados oligopolísticos, en los que la competencia en precios es difícil, la vinculación puede revelarse como un instrumento eficaz de competencia indirecta. En apartados posteriores de este trabajo, tendremos ocasión de volver sobre esta posible utilización de los contratos vinculados, analizada, entre otros, por BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: *cit.*, pp. 1272 y ss. y HUNT: “Product Separability”, *cit.*, pp. 160 y ss..

³⁰⁴ HOVENKAMP (*Federal Antitrust Policy, cit.*, pp. 375 y ss.) recoge también la posibilidad, mucho menos frecuente en la práctica, de que el precio fijado reglamentariamente sea superior al precio de maximización de beneficios de la empresa (por ejemplo, ésta era la situación existente en EE.UU. durante el periodo de regulación de las tarifas de las compañías aéreas). En estos casos, la empresa puede eludir la regulación, vinculando el producto regulado con un bien no regulado, ofrecido a un precio inferior a su valor real de mercado –o incluso, gratuitamente–, (por ejemplo, el alquiler de un coche).

Las cláusulas de vinculación también pueden ser utilizadas, con resultados similares, para burlar la reglamentación de precios en el mercado del producto principal, consecuencia, no de la intervención pública, sino de la existencia de un acuerdo colusorio o cártel. Imaginemos, por ejemplo, que existe un cártel de fijación de los precios de los tornillos. El coste de producción y precio de mercado de los mismos sería de 2 u.m. pero, como consecuencia de la existencia de un acuerdo, los tornillos se ofertan por 4 u.m. Tuercas y tornillos presentan una demanda interrelacionada, de modo que este incremento en los precios de los tornillos, consecuencia de la existencia del cártel, producirá una reducción de la demanda de tuercas. Un fabricante de tuercas (cuyo precio de maximización de beneficios es de 4 u.m.) podrá burlar el cártel, ofreciendo un paquete conjunto de tuercas y tornillos por valor de 6 u.m. Vid. SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications, cit.*, p. 258; EASTERBROOK: “Vertical Arrangements and the Rule of Reason”, 53, ALJ, 1984, p. 146. En estos casos, la práctica efectivamente, incrementa los beneficios de la empresa, pero no es, en principio, lesiva de los intereses de los consumidores.

Este riesgo resulta especialmente plausible en situaciones de reglamentación o regulación pública de precios. En algunos casos, determinadas empresas están obligadas a la fijación de unos precios mínimos, precios que vienen fijados por la administración, generalmente en base a información proporcionada por las propias empresas, sobre los costes de producción de un bien o de prestación de un determinado servicio. Las empresas telefónicas locales, empresas eléctricas, hidráulicas, de gas o de transportes, sistemas de televisión por cable, etc., constituyen ejemplos de sectores industriales tradicionalmente sujetos a regulación. La mayoría de estas empresas son monopolistas en sus áreas de servicio, la finalidad de la intervención de los precios es, precisamente, evitar explotaciones o extorsiones por parte de estos monopolistas naturales, por lo que, lógicamente, el precio de maximización de beneficios será, generalmente, superior al fijado normativamente.

Una empresa intervenida puede burlar la regulación normativa de los precios, vinculando la prestación del bien o servicio regulado a la adquisición de un bien o un servicio no regulado. Así, por ejemplo, imaginemos una compañía telefónica local, monopolista en su área de servicios. Esta empresa podría maximizar sus beneficios, exigiendo a sus clientes 15 u.m. al mes por el servicio telefónico. No obstante, sus costes por el servicio son sólo de 10 u.m., precio que se fija administrativamente. La empresa puede burlar esta regulación obligando a sus clientes a alquilarle a su vez, un aparato telefónico. Éste tiene un valor de alquiler en el mercado de 2 u.m. al mes, sin embargo, la compañía telefónica carga a sus clientes un precio de 7 u.m. mensuales. El resultado es que la empresa puede adquirir así las 5 u.m. de beneficios monopolísticos que pierde como consecuencia de la regulación de los precios³⁰⁵. Aunque los beneficios en el mercado del producto principal son muy elevados, la tenencia de un monopolio legal permite a la empresa no preocuparse por la entrada en el mercado de potenciales competidores.

³⁰⁵ Ejemplo tomado de HOVENKAMP: *Antitrust, cit.*, p. 154. FUHR ("Competition in the terminal equipment market after *Carterfone*", 28, *Ant. Bull.*, 1983, pp. 669 y ss.) explora las distintas modalidades de prácticas de vinculación utilizadas por las empresas telefónicas para burlar las reglamentaciones existentes en este sector.

En principio, la resolución de este tipo de problemas encuentra un mejor acomodo dentro de las normas específicas de la reglamentación de precios³⁰⁶ o, incluso en otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho del consumo³⁰⁷, que en el Derecho antimonopolio. Sin embargo, en algunos casos, la configuración del precio del paquete u oferta combinada puede falsear la competencia hasta el extremo de producir importantes distorsiones en la estructura de los mercados afectados. Los efectos de exclusión pueden ser muy relevantes si la empresa ocupa una posición de monopolio en el mercado del producto principal, especialmente en los casos de monopolio legal. Si el único uso del producto vinculado es en conjunción con el producto principal, la vinculación tendría como consecuencia efectiva la extensión del monopolio al mercado del producto vinculado. Por ejemplo, si una empresa posee el monopolio en el mercado de líneas telefónicas y obliga a todos los clientes que deseen dar de alta una línea a adquirir un aparato telefónico, el mercado independiente de estos bienes desaparece (o, en cualquier caso, se limita significativamente³⁰⁸).

³⁰⁶ Normas que, en ocasiones, prohíben específicamente el recurso a las prácticas de vinculación, para obtener precios más elevados que los reglamentariamente estipulados. Por ejemplo, en EE.UU., esta prohibición está expresamente contemplada en la sección 18 de la *General Ceiling Price Regulation* [16 Fed. Reg. 815 (1951)], tal y como recoge PEARSON: “Tying arrangements and the antitrust policy”, *cit.*, p. 647, nota 73.

³⁰⁷ De hecho, la manipulación o enmascaramiento del valor real de los productos puede tener, precisamente, como finalidad el engaño a los consumidores. Si, por ejemplo, se fija un precio de venta relativamente bajo para un determinado producto, pero los compradores son obligados a proveerse de bienes accesorios o servicios de asistencia a precios no proporcionales al del bien principal, la empresa podrá explotar la existencia de deficiencias en la información del consumidor, incapaz de reconstruir el precio real del bien, es decir, el precio que toma en consideración su ciclo completo de vida. Vid. especialmente, sobre los problemas que desde la perspectiva de la protección de los consumidores suscitan los contratos vinculados, CRASWELL: “Tying requirements in competitive markets: the consumer protection issues”, *cit.*

³⁰⁸ Las empresas verían reducido su círculo potencial de clientes a aquellos sujetos que valoran tanto un determinado aparato telefónico como para adquirirlo, a pesar de estar ya en posesión, como consecuencia de la cláusula de vinculación, de un aparato alquilado.

CAPÍTULO V.- EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA (II): JUSTIFICACIONES DE LA VINCULACIÓN DE PRODUCTOS

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A) MARCO GENERAL DE VALORACIÓN DE JUSTIFICACIONES EMPRESARIALES PROCOMPETITIVAS

Hasta el momento, hemos venido analizando los distintos efectos anticompetitivos que pueden derivarse de las prácticas de vinculación. Resta un interrogante que resolver. ¿Son éstos los únicos resultados que cabe esperar de estas prácticas empresariales o, por el contrario, las mismas pueden producir consecuencias beneficiosas que permitan compensar las posibles restricciones de la competencia? ¿Una vez que el demandante ha demostrado los efectos lesivos de un contrato vinculado, puede la empresa demandada intentar explicar o justificar esa conducta? El examen de esta cuestión requiere enmarcarla en el cuadro general de valoración de la competitividad de las conductas empresariales, por lo que, antes de entrar en un análisis pormenorizado de la misma, es preciso recordar, si bien de forma somera, las posibilidades que las empresas poseen, tanto en el sistema comunitario europeo como en el estadounidense, de justificar una conducta, en principio o *prima facie*, anticompetitiva.

1. EE.UU.

Ya tuvimos ocasión de examinar las circunstancias y el clima de hostilidad en el que se produjo la aprobación de la *Sherman Act*¹. Esta ley responde a una concepción populista del Derecho de la competencia, fruto de la reacción contra los abusos cometidos por los grandes *trusts* empresariales, principalmente, en el ámbito de los transportes por

¹ Vid., *supra*, Capítulo I. II.B.1, 1.1.

ferrocarril. En sus secciones primera y segunda prohíbe, en principio de forma absoluta, todo acuerdo o contrato entre empresas que restrinja o elimine la competencia, así como cualquier intento de monopolización de los mercados o situación de monopolio.

Este rigor formal pronto será objeto de una interpretación correctora jurisprudencial, que delimitará el alcance de la prohibición, ciñéndolo exclusivamente a las restricciones de la competencia “no razonables”. Los efectos de las prácticas empresariales sobre la competencia, en la mayoría de las ocasiones, son ambiguos; junto a eventuales lesiones pueden convivir beneficios, lo que exige un análisis ponderado de ambos, antes de concluir sobre la anticompetitividad de una conducta. Desde un punto de vista procedimental, existen dos parámetros básicos de interpretación y valoración de la conformidad de un comportamiento empresarial con el Derecho *antitrust*: la *rule of reason* o regla de razón o de lo razonable y la prohibición *per se*.

El juicio conforme a la *rule of reason* exige el examen de las circunstancias económicas en las que se sitúan las prácticas empresariales que deben ser objeto de valoración. Es preciso analizar los factores y circunstancias del caso concreto antes de concluir sobre la existencia de efectos anticompetitivos. En concreto, se considera que una restricción es razonable y, por tanto, escapa a la prohibición, cuando tiene un carácter accesorio; es decir, son necesarias para la consecución de objetivos económicos lícitos. A su vez, también será lícita una restricción cuando los efectos procompetitivos de la misma sean superiores a los perjuicios que causa a la libre competencia, es decir, cuando el resultado del balance concurrencial ofrezca un saldo positivo².

Con arreglo a la regla de prohibición *per se*, determinados acuerdos de la competencia se consideran por naturaleza no razonables, ya que

² Vid. los casos *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918), en el que el Tribunal Supremo desarrolla, por vez primera, la metodología de la regla de razón, ya anticipada en *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) y *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344, (1933), donde vuelve a insistirse sobre la necesidad de ponderar los distintos efectos positivos y negativos de una práctica empresarial, antes de concluir sobre su anticompetitividad.

lesionan la competencia y carecen de cualquier beneficio o ventaja económica compensatoria³. Esta presunción *iuris et de iure* de anticompetitividad determina que, basta con probar la existencia de los elementos integrantes de la conducta, para que se concluya automáticamente sobre su carácter lesivo, sin entrar a valorar las circunstancias reales en las que la práctica ha desplegado sus efectos y sin posibilidad de ponderar eventuales justificaciones a la conducta⁴.

Junto a estos dos marcos analíticos fundamentales, es posible identificar un tercero, a medio camino entre los dos, conocido como “regla de razón truncada” (*truncated rule of reason*) o “regla de prohibición *per se* modificada” (*modified per se rule*). Si en el primer caso los efectos anticompetitivos se deducían automáticamente de la mera prueba de la existencia de una determinada conducta y, en el segundo, se requería el análisis de las circunstancias del caso concreto, en este tercer supuesto, es preciso probar determinadas circunstancias que, se presume, determinan automáticamente la producción de efectos anticompetitivos. Circunstancias tales como la presencia de poder económico en un mercado definido que, sin adentrarse en un examen tan completo como el derivado de la aplicación de la *rule of reason*, sí requieren prestar atención a las particulares características o factores del caso concreto a fin de esclarecer su impacto competitivo.

Por tanto, la posibilidad de justificación de un acuerdo bajo la sección 1 de la *Sherman Act* depende de la sujeción de esa conducta a una

³ Vid. *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1917); *United States v. Soccony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940); *Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

⁴ En el ámbito estadounidense, cada vez un menor número de conductas empresariales está sujeto a los rigores de la prohibición *per se*. En principio, el ejemplo más significativo de conducta anticompetitiva por naturaleza continúa siendo los acuerdos horizontales de fijación de precios; si bien, también se encuentran sujetos a la *per se rule*, los acuerdos de reparto de mercados, la fijación de los precios mínimos de reventa, determinados boicots y, con muchas particularidades, como hemos tenido ocasión de examinar a lo largo de todo este trabajo, las prácticas de vinculación. Vid. KAYSEN/TURNER: *Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis*, cit., pp. 144 y ss.; FIRST: “Antitrust Law” en AA.VV.: *Fundamentals of American Law*, ed. MORRISON, cit., pp. 433 y ss.; SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, cit., pp. 127 y ss.

regla de prohibición *per se* o a una regla de razón. Sólo en este último supuesto sería, en principio posible entrar a valorar justificaciones empresariales que permitieran compensar los efectos anticompetitivos de la conducta. Por lo que a la carga de la prueba se refiere, a la parte demandante compete probar la existencia de la conducta prohibida y los eventuales efectos restrictivos de la misma, para establecer un primer caso de anticompetitividad, que podrá ser rebatido por la empresa demandada si ésta consigue, bien contestar la existencia de la conducta prohibida o probar la presencia de determinados beneficios económicos –u otros efectos positivos- que permitan compensar los efectos anticompetitivos⁵.

Principios similares informan la ofensa de monopolización de la sección 2 de la *Sherman Act*. La redacción literal del precepto parece sancionar cualquier conducta llevada a cabo por una empresa monopolista a fin de preservar o reforzar esa posición de dominio en el mercado. Redacción que no dejó de plantear, ya desde los primeros años de vigencia de la *Sherman Act*, numerosos problemas interpretativos. ¿La ley estaba condenando la mera tenencia de posesión de poder en un mercado definido?⁶ Si por el contrario, la prohibición requería junto a un elemento

⁵ Este mismo razonamiento es aplicable a las conductas recogidas en la sección 3 de la *Clayton Act* que, al igual que en el supuesto de la sección 1, pueden estar sujetas a alguno de estos parámetros analíticos, cerrando la prohibición *per se* la puerta a la ponderación de justificaciones empresariales.

⁶ Uno de los principales debates suscitados tras la tipificación normativa de la prohibición de monopolización, enfrentó a “estructuralistas”, que consideraban que una empresa vulneraba la prohibición por el mero hecho de ser monopolista y a quienes exigían, junto al elemento estructural, una conducta ilícita. Los primeros argumentaban que el monopolista, inevitablemente, desplegaría un comportamiento ineficiente, es decir, que restringiría la producción o subiría los precios. Esta ineficiencia en la asignación de recursos –defendían- era suficiente para sancionar la mera presencia de una situación de poder en el mercado. Los segundos consideraban que no toda acción de una empresa en posición dominante era necesariamente anticompetitiva. Esa posición podía ser fruto simplemente de la mayor eficiencia empresarial, por lo que resultaría incoherente sancionar a una empresa por su éxito competitivo. Las tesis estructuralistas dejaron sentir su influencia en el célebre caso *United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa) (cit.)*, en el que se afirma: “El Congreso no distinguió entre “buenos trusts”, permitidos, y “malos trusts”, sancionados, (...), prohibió todos ellos (...)”. Ahora bien, esta postura inicial del Tribunal Supremo pronto fue sustituida por una interpretación más acorde con la segunda de las posiciones examinadas. Así, por ejemplo, en el caso *IBM (cit.)*, se reconoce que: “La política *antitrust* no debe orientarse a mimar a los competidores, especialmente si esta protección se establece a expensas de la destrucción de los incentivos de una gran empresa para competir en el mercado.

estructural, una determinada actitud o conducta de la empresa monopolista, ¿qué tipo de comportamientos se encontraban prohibidos? ¿Sólo las conductas que constituían a su vez, violaciones de la sección 1, si eran resultado de un acuerdo interempresarial o, por el contrario, la prohibición se extendía a un abanico mayor de comportamientos? ¿Podían prohibirse determinados comportamientos que, de no mediar la posición dominante, serían lícitos? La respuesta a estos interrogantes no fue lineal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo va dibujando la conducta prohibida, a lo largo del tiempo, con interpretaciones oscilantes y, en numerosas ocasiones, confusas⁷. Fluctuaciones y oscuridad interpretativa que pueden explicarse en atención al delicado juego de intereses presente en estos casos. La recompensa de una empresa por resultar vencedora en la lucha competitiva suele traducirse en la posesión de grandes cuotas de mercado o, en cualquier otra manifestación de poder económico. Es necesario conciliar la tutela de la rivalidad competitiva y el estímulo a las empresas para que luchen y compitan ferozmente en el mercado, con la protección a los consumidores frente a los efectos negativos que pueden derivarse de la consolidación de posiciones dominantes⁸. La solución judicial ha ido desarrollándose paulatinamente, de acuerdo con el siguiente esquema: tolerar la existencia de mercados concentrados, de posiciones de poder económico, pero sujetar a control la conducta de las empresas en tal situación, distinguiendo entre comportamientos permisibles desde el punto de vista de la tutela de la competencia y comportamientos ilícitos.

En el caso *U.S. v. Grinnell Corp.*⁹, parecen concretarse definitivamente, -sin que por ello desaparezcan, no obstante, los problemas interpretativos-, los elementos que integran la conducta de monopolización prohibida en la sección 2 de la *Sherman Act*. Así, en primer lugar, es

Incluso las empresas que deciden acceder a mercados dominados deben estar preparadas para afrontar la competencia sobre la base de los méritos empresariales. Si un monopolista se decanta por una alternativa que no restringe irrazonablemente la competencia, no se produce una violación de la ley”.

⁷ Vid. para una evolución de la interpretación jurisprudencial de la sección 2 de la *Sherman Act*, SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, cit., pp. 284 y ss.

⁸ Vid. *in extenso*, *supra*, Capítulo I. II.B.2.,2.1.

⁹ 384 U.S. 563, (1966).

necesaria la existencia de una posición de poder en un mercado relevante y, como segundo elemento, “el mantenimiento o refuerzo deliberado de ese poder”. Este refuerzo intencionado debe ser distinguido del crecimiento o éxito como consecuencia de un producto superior, de una mayor eficiencia empresarial o simplemente, fruto de las circunstancias históricas. En este caso se reconoce, por tanto, que la presunción de anticompetitividad, derivada de la prueba de una conducta empresarial excluyente, tendente al refuerzo o creación de una posición dominante, puede ser rebatida, si se demuestra que la exclusión de competidores obedece simplemente a una mejora de la eficiencia en la producción o de la calidad de los productos ofertados. Una empresa puede así defenderse de una acusación de monopolización alegando justificaciones empresariales legítimas. ¿Cuándo puede ser considerada legítima la justificación a una conducta, de otro modo, anticompetitiva? En el reciente caso *LePage’s v. 3M*¹⁰, el Tribunal del Tercer Circuito, recuerda que, como regla general, una justificación empresarial sólo será válida si se refiere directa o indirectamente a la mejora del bienestar del consumidor. Por ello, la búsqueda de la eficiencia o el control de la calidad de los productos constituyen razones competitivas legítimas, mientras que, no lo son, por ejemplo, el mero deseo de mantener una cuota de mercado monopolística o impedir la entrada de competidores al mercado.

Bien es cierto que, –al igual que podremos apreciar en el caso europeo-, las autoridades en materia de competencia tradicionalmente, han sido más reacias a atender a justificaciones o pretendidas eficiencias en estos casos, en los que la situación estructural y de competencia del mercado ya se encuentra debilitada por la propia presencia de la empresa en la posición dominante y, por tanto, los posibles efectos negativos pueden alcanzar mucha mayor entidad, que en los supuestos de acuerdos entre empresas carentes de poder de mercado. Situación que, fundamentalmente tras la revolución en la conformación del Derecho *antitrust* vinculada a la Escuela de Chicago, ha experimentado algunos cambios¹¹. Así,

¹⁰ 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003).

¹¹ Ya hemos visto como uno de los puntos clave de las teorías de Chicago era el escepticismo frente a la posibilidad de que, conductas empresariales unilaterales

actualmente, cabe observar una actitud mucho más escéptica frente a acusaciones de monopolización. Actitud especialmente presente en los tribunales inferiores. Numerosas estrategias de empresas que acrecen sus cuotas de mercado a expensas de sus rivales serán valoradas, más como beneficiosas que como perjudiciales para los consumidores, en atención a las ganancias de productividad y otras eficiencias económicas asociadas a las mismas. El Tribunal Supremo acusa menos la influencia de Chicago y, en diversas sentencias, ha dejado patente su recelo frente a los pretendidos beneficios económicos de conductas que afectan al desarrollo del proceso competitivo y a los caracteres estructurales de los mercados, como su grado de concentración o la erección o refuerzo de barreras de entrada¹².

2. Europa

En el caso europeo, también es preciso partir de una distinción entre el artículo 81 y el artículo 82 del Tratado. El primero sanciona los acuerdos restrictivos de la competencia o ententes colusorias, castigándoles, entre otras medidas, con la nulidad de pleno derecho. Ahora bien, esta prohibición no tiene un carácter absoluto. En el apartado 3 de este precepto se reconoce la posibilidad de exceptuar una conducta siempre que se cumplan, cumulativamente, determinados requisitos. Por tanto, tal y como recogen las *Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81*¹³, “la evaluación con respecto al artículo 81 consta de dos partes. La primera consiste en determinar si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros es, por su objeto o por sus efectos, reales o potenciales, restrictivo de la competencia. La segunda, que tan solo es procedente cuando se ha determinado que un

pudieran ocasionar lesiones significativas de la competencia. Vid. *supra*, Capítulo IV.II.C.2.

¹² Preocupación especialmente latente, por ejemplo, en el caso *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, (1985) y, como hemos tenido ocasión de examinar en distintos apartados de este trabajo, en *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 US 451 (1992).

¹³ Comunicación de la Comisión. *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81* (2004/C 101/08).

acuerdo restringe el juego de la competencia, consiste en determinar los efectos favorables a la competencia producidos por el acuerdo y evaluar si superan a los efectos restrictivos de la competencia”¹⁴.

La regulación europea reconoce pues, la posibilidad de que de los acuerdos entre empresas se deriven efectos beneficiosos y positivos. Al igual que en el caso estadounidense, la conclusión sobre la incidencia competitiva de un acuerdo es resultado del saldo de un balance entre efectos anti y procompetitivos¹⁵. Balance que, en el caso europeo, ha sido dotado de cobertura normativa expresa. Frente a la regla de razón, de creación y desarrollo jurisprudencial, el legislador comunitario quiso dibujar detalladamente el marco analítico, enumerando y detallando, de forma pormenorizada, en el apartado 3 del artículo 81, los requisitos que han de cumplir los acuerdos contrarios al apartado 1 de ese mismo precepto y, por tanto, en apariencia anticompetitivos, para poder beneficiarse de una exención¹⁶.

¹⁴ *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81*, párrafo 11.

¹⁵ Vid. *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81*, párrafo 7: “Cuando los efectos favorables a la competencia de un acuerdo superan a los restrictivos, el acuerdo es en definitiva beneficioso para la competencia y compatible con los objetivos de la normativa comunitaria en esta materia”.

¹⁶ Un debate tradicional, que ha enfrentado a la doctrina europea, se estructura en torno al alcance de la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 81. En concreto, se discute si esta prohibición es aplicable a cualquier acuerdo que tenga un impacto restrictivo de la competencia, con independencia de su eventual exención con arreglo al apartado 3 del artículo 81, o si, por el contrario, la constatación del carácter restrictivo del acuerdo exige ya una primera ponderación de efectos positivos y negativos, es decir, si se requiere una valoración de fondo en esta fase del análisis que, de forma similar a la *rule of reason*, permita excluir de su ámbito de aplicación restricciones razonables. Vid. KOVAR: “Le droit communautaire de la concurrence et la “regle de riason””, 2, RTDE, 1987, pp. 237 y ss.; MANZINI: “La rule of reason nel diritto comunitario della concorrenza: una anlysis giuridico-economica”, Riv.dir.eu., 1991, pp. 859 y ss.; WHISH/SUFRIN: “Article 85 and the Rule of Reason”, 7, YEL, 1987, pp. 1 y ss.; WILS: “Rule of reason: une regle raisonnable en droit communautaire?”, CDE, 1990, pp. 87 y ss. Si bien la doctrina mayoritaria se decanta por la primera de las posturas (vid. *ad.ex.*, WHISH: *Competition Law*, cit., pp. 102 y ss.; FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho europeo de la competencia*, cit., pp. 229 y ss.) no faltan voces importantes que defienden la segunda opción y acusan a la Comisión de haber llevado a cabo una aplicación excesivamente amplia del artículo 81.1., obstaculizando o impidiendo la realización de transacciones eficientes (Vid. en este sentido, KORAH: “From legal form toward economic efficiency –article 85 (1) of the EEC Treaty in contrast to U.S. antitrust”, Ant. Bull., 1990, pp. 1009 y ss.; en un sentido similar, vid. ODUDU: “Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effect”, 3, ELR,

2001, pp. 261 y ss. En nuestra doctrina, vid. ALFARO ÁGUILA-REAL: “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, *cit.*, quien propone una interpretación restrictiva del apartado 1 del artículo 81 y critica duramente la amplitud con la que este precepto ha sido tradicionalmente aplicado por las autoridades de la competencia comunitarias –especialmente, por la Comisión-, achacándola, entre otras razones, a la ausencia de un Derecho de contratos comunitario, lo que ha llevado a una utilización del Derecho de la competencia como instrumento de regulación de la libertad contractual.

Por lo que a la posición de las autoridades comunitarias se refiere, no existe total armonía entre la Comisión y el TJCE. Éste último ha mantenido una actitud ambigua. En la última ocasión en la que ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto (*Metropole Télévision, Suez-Lyonnaise des Eaux, France Telecom. y Télévision Française 1 SA c. Comisión*, Asunto T-112/99), si bien ha rechazado que todos los efectos económicos de un acuerdo hayan de ser, necesariamente ponderados en el marco del artículo 81.1, no ha resuelto directamente la pregunta –y, por tanto, zanjado las dudas- sobre la necesidad de un enjuiciamiento conforme a la *rule of reason* en el apartado 1 del artículo 81. (Vid. un comentario de la sentencia en ODUDU: “A new economic approach to Article 81(1)?”, 1, ELR, 2002, pp. 100 y ss.). Por el contrario, la posición del ejecutivo comunitario, formalmente al menos, es tajante, rechazando la necesidad de aplicar una regla de razón para constatar la infracción del artículo 81.1. (Vid. *ad.ex.*, las *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81*, párrafo 11, en el que se establece que “los efectos anticompetitivos y procompetitivos se sopesan exclusivamente en el marco del apartado 3 del artículo 81”)

Posición ésta, cuya rotundidad, no obstante, se ve desmentida en la práctica, en atención a otros factores o aspectos de la política comunitaria en materia de acuerdos restrictivos. Así, por ejemplo, el profesor VELASCO SAN PEDRO (“Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas”, *cit.* p. 74) observa un acercamiento a la segunda de las posturas examinadas en el tratamiento de las denominadas restricciones accesorias. (Vid., en este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL: “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, *cit.*, pp. 10 y ss., quien señala como, de hecho, la doctrina de las restricciones accesorias ha recibido la calificación de *rule of reason* europea). Interpretación que consideramos extensible a las llamadas restricciones “de minimis” que escapan del alcance del artículo 81.1, en atención a la escasa entidad de su impacto sobre la competencia. En estos dos casos, la inaplicación del artículo 81.1. es resultado de un juicio de ponderación de los concretos efectos y circunstancias económicas del acuerdo entre empresas.

En realidad, consideramos que la confusión en esta materia obedece, principalmente, a dos circunstancias. Hasta la reforma introducida por vía del Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*, la aplicación del apartado 3 del artículo 81 competía en exclusiva a la Comisión. Este sistema de reserva legal determinaba que las empresas debían, bien incurrir en un proceso largo, costoso e incómodo a fin de conseguir una exención individual o bien satisfacer los requisitos de alguno de los Reglamentos de exención por categorías. De ahí que desde la doctrina, se propusiera como solución, la restricción del alcance del artículo 81.1, aplicándose éste únicamente a los acuerdos que presentaran una amenaza real para la competencia. Tal vez, tras la descentralización del sistema, quepa augurar una política más coherente, en pro de la seguridad jurídica y de los intereses de los distintos agentes económicos intervinientes en el mercado. El segundo factor, en la base de este debate, consiste en el escaso peso que la Comisión, en numerosas ocasiones, ha concedido a la teoría económica a la hora de apreciar una restricción de la competencia. El

El reparto de la carga de la prueba es análogo al americano¹⁷. El carácter restrictivo de un acuerdo ha de ser probado por quién lo alegue, correspondiendo a la empresa demanda la justificación de la conducta y la

problema no radica tanto en la forma o estructura normativa que se adopte para ponderar efectos beneficiosos y perjudiciales para la competencia, sino, en nuestra opinión, en la determinación de la naturaleza y alcance del ilícito competitivo. La generosísima –y criticada– aplicación del artículo 81.1. obedecía a un concepto de restricción de la competencia muy amplio, que abarcaba limitaciones de la libertad de acción de las partes en un contrato, o actos desleales. Como hemos tenido ocasión de examinar con detenimiento a lo largo de todo el presente trabajo, el concepto europeo de lesión a la competencia ha ido redibujándose progresivamente, para, -manteniendo siempre perfiles propios-, tener más en cuenta las realidades económicas y los efectos reales sobre el mercado de las prácticas empresariales. Vid. GARCÍA CACHAFEIRO: “El giro norteamericano del Derecho *antitrust* comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la *Sherman Act*”, *cit.*, pp. 597 y ss.; *in extenso, supra*, Capítulo I. I y II.B.2; Capítulo III.II.B.

¹⁷ Consideramos conveniente apuntar otra diferencia, al menos formal, entre el parámetro analítico americano y el comunitario europeo. La distinción estadounidense entre acuerdos prohibidos *per se* y acuerdos cuya anticompetitividad debe ser evaluada conforme a una regla de razón, tiene su paralelo, en el caso europeo, en la distinción entre acuerdos que tienen como “objeto” la restricción de la competencia y acuerdos que tienen como “efecto” la restricción de la competencia. Los primeros se refieren a prácticas que, “dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia, que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado” (*Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81*, párrafo 21). Estarían incluidos dentro de esta categoría, por ejemplo, la fijación de precios, la limitación de la producción y el reparto de mercados y clientes. Al igual que en el caso de la prohibición *per se* estadounidense, en estos supuestos las partes no pueden argumentar la ausencia de efectos anticompetitivos de una determinada práctica. La ley presume su anticompetitividad. Ahora bien, entre ambos sistemas existe una diferencia; en el caso europeo, incluso aunque un acuerdo tenga como objeto la restricción de la competencia, es decir, aunque infrinja *per se* el artículo 81.1, es susceptible de ser examinado a la luz del apartado 3 del artículo 81; las partes pueden intentar justificar su conducta, alegando el cumplimiento de los requisitos de exención de la prohibición. Esta situación no cabe en el ámbito estadounidense, ya que, en este sistema no existe una norma equivalente al artículo 81.3. No obstante, la posibilidad de justificación es más formal que real. La propia Comisión ha reconocido expresamente que, pese a que el apartado 3 no excluya *a priori* determinados tipos de acuerdos de su ámbito de aplicación, es poco probable que las restricciones graves de la competencia satisfagan las condiciones de exención recogidas en el mismo (*Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81*, párrafo 46). Vid. *in extenso*, VELASCO SAN PEDRO: “Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas”, *cit.*, pp. 90 y ss.; WHISH: *Competition Law*, *cit.*, pp.92 y ss. Sobre los problemas interpretativos asociados a los acuerdos restrictivos de la competencia por el “objeto”, vid. ODUDU: “Interpreting Article 81(1): object as subjective intention”, 1, ELR, 2001, pp. 60 y ss.; IDEM: “Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited”, 4, ELR, 2001, pp. 379 y ss.).

prueba de circunstancias empresariales legítimas y procompetitivas que permiten compensar esas eventuales lesiones a la competencia¹⁸.

También a diferencia del caso estadounidense, en el que los factores de ponderación en cada brazo de la balanza –anti y procompetitiva- están más abiertos, recayendo la concreción de los mismos en los tribunales de justicia, el legislador comunitario ha especificado las condiciones en las que puede producirse la exención, limitando, por tanto, la discrecionalidad de las empresas a la hora de presentar y defender –y de las autoridades a la hora de apreciar- justificaciones a la conducta. Para que un acuerdo pueda ser autorizado es necesario que el mismo reúna cumulativamente cuatro requisitos, dos de carácter positivo y dos de carácter negativo. Por lo que a los primeros se refiere, los acuerdos tienen que contribuir “a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico” y, además, tienen que “reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”. Para que un acuerdo pueda, en una valoración global, ser considerado compatible con los objetivos de las normas tuitivas de la competencia, es preciso que del mismo se deriven beneficios de carácter objetivo, que redunden en el mercado y mejoren la calidad de la competencia¹⁹, eficiencias o efectos

¹⁸ Vid. Artículo 2 del Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*. “En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado”.

¹⁹ La Comisión recoge dos categorías fundamentales en las que puede concretarse esa mejora de la calidad de la competencia: eficiencias de costes y eficiencias cualitativas. En el primer tipo de eficiencias se engloban las reducciones de costes, resultado de la consecución de economías de escala o alcance a través de los acuerdos, o de un reajuste o racionalización de los procesos productivos, de almacenaje o distribución. Las eficiencias cualitativas pueden consistir en mejoras de la calidad de los productos o en el lanzamiento de nuevos productos o servicios. Vid. *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81*, párrafos 64 y ss.; VELASCO SAN PEDRO: “Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas”, *cit.*, pp. 93 y ss.; FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho europeo de la competencia, Tomo I, cit.*, pp. 279 y ss.; GALÁN CORONA: “Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la competencia*, dir. BENEYTO, coord. MAILLO, Barcelona, 2005, pp. 215 y ss.

favorables que superen y compensen los eventuales efectos restrictivos del acuerdo, como, por ejemplo, la exclusión de competidores, el incremento de los precios, la limitación de la libertad empresarial de algunas de las partes, etc. No basta con la mera presencia de efectos positivos, además los consumidores tienen que verse beneficiados, de alguna forma, de estas eficiencias, ya sea mediante un descenso de los precios de los productos o servicios, un incremento de su calidad o una mejora de las condiciones de transacción.

Junto a la presencia de efectos procompetitivos, la ley condiciona la exención del acuerdo al cumplimiento de dos requisitos de carácter negativo, orientados a minimizar el impacto restrictivo de la conducta. Así, es preciso que el acuerdo no imponga restricciones que no sean indispensables para la consecución de los beneficios económicos y que no se produzca una eliminación sustancial de la competencia. Por consiguiente, la exención no se concederá si el acuerdo contiene restricciones que, por su naturaleza, no son necesarias, o si éstas revisten un grado de gravedad que excede de lo que es indispensable para alcanzar esos beneficios. Finalmente, cualesquiera que sean las ventajas que una práctica colusoria comporte, no se le concederá la exención si la misma elimina cualquier resquicio de competencia, anulando totalmente, bien el juego competitivo entre las partes del acuerdo o la posibilidad de ejercer una mínima presión competitiva por parte de terceros²⁰.

El artículo 82 del Tratado sanciona los abusos cometidos por una o varias empresas en situación de posición de dominio en el mercado. A diferencia de la norma anterior, ésta prohibición no reconoce ninguna excepción paralela a la contenida en el apartado 3 del artículo 81. Ahora bien, es conveniente recordar que no se está sancionando cualquier conducta llevada a cabo por una empresa dominante, sino únicamente las que revistan un carácter abusivo. La Comisión y el Tribunal de Justicia han diseñado dos instrumentos principales para diferenciar entre conductas

²⁰ Para un desarrollo de estas condiciones negativas, vid. VELASCO SAN PEDRO: "Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas", *cit.*, pp. 96 y ss.; FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho europeo de la competencia, Tomo I, cit.*, pp. 288 y ss.; WHISH: *Competition Law, cit.*, pp. 130 y ss.; GALÁN CORONA: "Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general", *cit.*, pp. 219-220.

abusivas, sancionadas por el artículo 82 y, conductas legítimas, que escapan de su ámbito de aplicación²¹, se trata de los criterios de “proporcionalidad” y “justificación objetiva”. La conducta de una empresa dominante será abusiva si lesiona los intereses de sus consumidores o proveedores (abuso explotativo) o conduce a una exclusión relevante de competidores del mercado (abuso anticompetitivo) y siempre que esas restricciones no obedezcan a una mayor eficiencia o calidad o vayan más allá de lo que corresponde a la naturaleza de la relación jurídica o económica de que se trate. Por tanto, la competencia basada en los méritos empresariales o superiores prestaciones constituye el principal criterio de distinción entre comportamientos abusivos y legítimos²². Una vez que el demandante ha demostrado que la conducta de una empresa dominante restringe la competencia de forma significativa, compete a ésta justificar su conducta, demostrando que esas aparentes restricciones son, en realidad, la manifestación de una eficacia superior, de una mayor aptitud para tomar en consideración las necesidades de la clientela o de una mayor capacidad de innovación.

Hasta aquí la teoría. ¿Responde la aplicación práctica del artículo 82 del Tratado CE al modelo descrito? Actualmente, uno de los temas más candentes en el campo de la protección europea de la libre competencia, lo constituye, precisamente, la necesidad de revisión de la política tradicional de interpretación y aplicación de la prohibición de conductas abusivas por parte de empresas en posición dominante. La doctrina ha acusado a la Comisión de no utilizar la flexibilidad que le otorga el marco analítico descrito y, principalmente, de no tomar suficientemente en consideración la realidad económica, a la hora, tanto de apreciar una restricción de la

²¹ El juicio de valor, la ponderación de efectos negativos y positivos se encuentra implícita en el concepto de “abuso”. Sólo podrán considerarse abusivas y, por tanto ser sancionadas, las conductas cuyos efectos perjudiciales para la competencia superen a sus efectos beneficiosos o procompetitivos. Así, la falta de una exención formal no restringe, en ningún caso, la capacidad de una compañía dominante de justificar, o más bien explicar, sus prácticas empresariales. Justificación orientada, no a obtener algún tipo de aprobación para una conducta, que si no estaría prohibida, sino a demostrar que la conducta no debe ser considerada abusiva en primer lugar. Vid. EILMANSBERGER: “How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC...”, *cit.*, p. 172.

²² Vid. MARENCO: “Le due anime dell’ articolo 86”, *cit.*, pp. 25 y ss.; SACRISTÁN REPRESA: “Abuso de posición dominante”, *cit.*, pp. 347 y ss.

competencia como de ponderar eventuales justificaciones empresariales a la misma²³. Por lo que al primer aspecto se refiere, la constatación de un efecto lesivo de la competencia, en numerosas ocasiones, no es resultado de un análisis riguroso y sólido de los mercados afectados²⁴, sino de una presunción de peligrosidad de una conducta, por el mero hecho de ser llevada a cabo por una empresa en posición dominante o por ser susceptible de ser incluida en una categoría concreta de comportamientos especialmente sospechosos²⁵. Desconfianza frente a la actuación de las empresas dotadas de poder económico que se denuncia, de igual forma, de la aplicación real del criterio de justificación objetiva. Las razones esgrimidas por las empresas, -se señala- con frecuencia, han sido rechazadas de forma prácticamente automática.

Distintas voces doctrinales están reclamando una nueva orientación para el artículo 82, más acorde con las reformas emprendidas en el caso del artículo 81 y el régimen de control de la concentración empresarial. El principal problema que plantea este precepto es la dificultad de distinción entre conductas excluyentes lesivas o beneficiosas, en último término, para los consumidores. A fin de evitar que esta norma se acabe convirtiendo en un parapeto para proteger a empresas ineficientes de los rigores de la competencia, con el consiguiente desincentivo para la innovación, se demanda un análisis serio desde el punto de vista económico, tanto por lo que se refiere a la constatación de efectos anticompetitivos, como a la recepción atenta de las alegaciones de la empresa demandada de que su conducta, en realidad, ayuda o contribuye a un mejor funcionamiento del

²³ Vid. SHER: “The Last of Steam-Powered Trains: Modernising Article 82”, *cit.*, pp. 243 y ss.; EILMANSBERGER: “How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC”, *cit.*, pp. 129 y ss. y especialmente, el reciente informe del Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), “An economic approach to Article 82”, *cit.*

²⁴ Vid. *ad.ex.*, el asunto *London European/SABENA*, decisión de la Comisión de 4 de noviembre de 1988, IV/32.318.

²⁵ Así, el informe del EAGCP (“An economic approach to Article 82”, *cit.*, pp. y ss.) critica la aplicación excesivamente formal que tradicionalmente se ha realizado del artículo 82 del Tratado CE. Formalismo resultante de una compartimentalización de las distintas conductas que podían encontrar cabida en el mismo, lo que ha llevado a una valoración de la anticompetitividad de la conducta articulada en torno a su adscripción o no a una determinada categoría de comportamientos y no a su impacto real en el mercado.

mercado y, por tanto, no debería ser prohibida. Sólo si no existe justificación legítima o, si ésta no respeta el principio de proporcionalidad, deberá ser sancionada la conducta como abusiva²⁶.

B) APLICABILIDAD DEL MARCO GENERAL A LOS CONTRATOS VINCULADOS

Tanto el sistema estadounidense como el europeo reconocen, por tanto, la posibilidad de justificar conductas aparentemente o, en principio, anticompetitivas. ¿Cuál ha sido la política en el caso de las prácticas de vinculación? ¿Cabe identificar razones empresariales legítimas que permitan compensar los eventuales efectos restrictivos para la competencia de estas conductas?

La solución, como en general cualquier cuestión relacionada con las prácticas de vinculación, no ha sido uniforme. Las empresas han planteado –con éxito desigual–, distintos argumentos o razones justificativas de la vinculación. La actitud de las autoridades de la competencia, tanto en el caso europeo como en el estadounidense, ha ido experimentado una progresiva apertura hacia el reconocimiento de eventuales efectos positivos asociados a estas conductas. De posiciones iniciales francamente restrictivas, que rechazaban que de las prácticas de vinculación pudiera derivarse cualquier beneficio económico o bondad, se ha pasado a posturas más abiertas, que aceptan determinados efectos procompetitivos. Ahora bien, pese a este paulatino descubrimiento de la ambigüedad competitiva de estas prácticas y de la necesidad de baremar, por tanto, efectos negativos y positivos antes de emitir un juicio sancionatorio, sigue estando presente un cierto escepticismo. Recelo que se pone de manifiesto en el hecho de que, en

²⁶ Demandas que han encontrado una respuesta favorable en el seno de las instituciones comunitarias. La Comisión ha venido anunciando la apertura de un proceso de modernización del artículo 82 del Tratado que, de acuerdo con los pronósticos del Director General de Competencia, Philip Lowe, puede conducir ya a finales de 2005, a una propuesta de directrices sobre la aplicación del artículo 82 (Discurso de 13 de marzo de 2005, “Antitrust Reform in Europe; a year in practice”, disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>).

numerosas ocasiones, pese a reconocerse la legitimidad de las razones argumentadas en defensa de las prácticas de vinculación y de los objetivos perseguidos con las mismas, la práctica es igualmente sancionada, al considerarse que estos objetivos podrían ser conseguidos mediante alternativas menos restrictivas de la competencia²⁷.

Esta evolución en el tratamiento de las razones empresariales justificativas de las prácticas de vinculación se encuentra especialmente reflejada en la política estadounidense. La desconfianza tradicional tanto de las autoridades administrativas como judiciales frente a estas conductas, culminó a mediados de los años cincuenta en su sujeción a una regla de prohibición *per se*²⁸. Prohibición que obedecía, tanto a una particular concepción del ilícito competitivo²⁹, como al convencimiento de que ningún efecto positivo podía derivarse de estas prácticas³⁰ o, al menos, ningún efecto positivo que no pudiera ser logrado mediante alternativas menos restrictivas de la competencia³¹. Este parámetro de valoración imposibilitaba, en teoría, el examen de eventuales justificaciones a la conducta prohibida.

A medida que va perfilándose una nueva concepción, más económica, de los objetivos perseguidos a través del Derecho *antitrust* y, con ella, una

²⁷ También en el ámbito español se observa esta desconfianza frente a la necesidad de las prácticas de vinculación para alcanzar determinados beneficios económicos, vid. *ad.ex*, la resolución del TDC en el caso *Fabricantes de cartón II* (Exp. 575/04).

²⁸ Vid. sobre las primeras etapas de aplicación de la sección 1 de la *Sherman Act* y sección 3 de la *Clayton Act* a las prácticas de vinculación, *supra*, Capítulo III.B. 1 y 2.

²⁹ Vid. *supra*, Capítulo IV.II.B.

³⁰ Vid. *Standard Oil Co. v. United States (Standard Stations)* 337 U.S. 293 (1949), donde se afirma que: “prácticamente, la única función de las prácticas de vinculación es la supresión de la competencia”.

³¹ Esta filosofía se desprende, por ejemplo, en los casos *Northern Pacific Railway Co. v. United States* 356 U.S. 1 (1958) y *Fortner Enterprises v. United States Steel* (Fortner I), 349 U.S. 495 (1969) y es compartida por algunos sectores doctrinales, que defienden la adecuación del enjuiciamiento de las prácticas de vinculación conforme a una regla de prohibición *per se*. Vid. en este sentido, TURNER: “The validity of tying arrangements under the antitrust laws”, *cit.*, pp. 59 y ss.; BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 305 y ss.; FERGUSON: “Tying arrangements and reciprocity: an economic analysis”, *cit.*, pp. 553 y ss.

nueva configuración de la lesión competitiva y empieza a reconocerse que las prácticas de vinculación pueden facilitar la consecución de economías en la producción o distribución de productos, así como otros efectos beneficiosos, va haciéndose patente la inadecuación de la prohibición *per se* como parámetro de valoración de estas conductas. En ausencia de una derogación formal y expresa de la prohibición, el Tribunal Supremo va a utilizar una serie de mecanismos o recursos interpretativos tendentes a atemperar los rigores de la misma. Distintos ardides que, mediante la desvirtuación de la esencia de una prohibición *per se*, si bien permiten corregir alguno de los principales problemas que ésta planteaba en la práctica, conducen, no obstante, a un oscurecimiento del análisis, dificultando la concreción de una política uniforme y coherente en materia de prácticas de vinculación³².

Con arreglo a la regla de prohibición *per se*, basta con probar la presencia de los elementos constitutivos de una determinada conducta, para que se desencadene su sanción automática, sin posibilidad alguna de justificación. Así, una primera medida para burlar la prohibición consiste en, mantenerla formalmente, pero proceder a una ponderación de las justificaciones empresariales en el momento de determinar la propia presencia de los elementos constitutivos de la práctica prohibida,

³² De hecho, las contradicciones y oscilaciones del Tribunal Supremo se han traducido en una gran confusión en los tribunales inferiores, quienes no han seguido parámetros uniformes a la hora de valorar los efectos sobre la competencia de las prácticas de vinculación. Así, algunos han reconocido determinadas defensas, insistiendo en la particularidad de la regla de prohibición *per se* aplicable a estas conductas. En este sentido, vid., *ad.ex.*, *Mozart Co. V. Mercedes Benz of N.Am. Inc.*, 883 F.2d 1342 (9th Cir. 1987); *Phonetele, Inc. v. American Tel & Tel Co.*, 664 F.2d 716 (9th Cir, 1981) donde se reconoce la excepcionalidad de la prohibición *per se* de las prácticas de vinculación debido a que ésta permite a la empresa demandada ofrecer justificaciones a su conducta. Otros han introducido el análisis de las eficiencias, en la fase de determinación de la propia existencia de un contrato vinculado, concretamente, en la identificación de los productos implicados, así, por ejemplo, *Dehydrating Process Co. v. A.O. Smith Corp.* (292 F 2d 653, 1st Cir., *cert.denied*, 368 U.S. 931, 1961); *Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream*, 664 F.2d 1348 (9th Cir. 1982). Por último, algunos tribunales han aplicado una *per se rule* pura, rechazando expresamente la posibilidad de justificación de la conducta. Vid. *ad.ex.* *Fox Motors, Inc. v. Mazda Distrib., Inc.*, 806 F.2d 953 (10th Cir., 1986); *Ringtown Wilbert Vault Works v. Schuylkill Mem'l Park, Inc.*, 650 F.Supp. 823 (E.D.Pa 1986); *Miller v. Granados*, 529 F.2d. 393 (5th Cir., 1976).

generalmente, en la valoración de los productos implicados en la transacción³³.

Una segunda solución reconoce la particularidad de la prohibición *per se* a la que se encuentran sujetas las prácticas de vinculación, frente a la que informa otro tipo de conductas, como los cárteles de fijación de precios y que la convierten, en realidad, en una regla de “prohibición *per se* modificada” o “regla de razón truncada”. La especialidad reside en que, además de la necesidad de entrar a valorar ciertas circunstancias económicas de la práctica, como cuotas de mercado, se admite la alegación de determinadas justificaciones frente a la acusación de anticompetitividad³⁴. Es más, pese a que el Tribunal Supremo, formalmente no ha derogado la regla de prohibición *per se*³⁵, las agencias administrativas y, en algún momento, los tribunales inferiores han llevado al extremo esta especialidad, hasta el punto de defender expresamente la aplicación directa

³³ Esta solución fue adoptada por el Tribunal Supremo en el caso *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 365 U.S. 567 (1961). Vid, un examen del caso y del razonamiento seguido por el Tribunal, *supra*, Capítulo II.II.B.4.

³⁴ Así, por ejemplo, en el caso *Jerrold Electronics (cit.)*, el Tribunal también tuvo que entrar a valorar si la venta de sistemas de antenas unidas a la adquisición de los servicios de instalación y mantenimiento constituía una vinculación ilegal con arreglo a la sección 1 de la *Sherman Act*. Reconociendo la existencia de productos diferenciados, el Tribunal consideró, no obstante, que la vinculación forzosa era precisa, al menos durante una primera etapa de lanzamiento, para garantizar el correcto funcionamiento de las antenas y de las posibilidades de crecimiento y desarrollo de la empresa, así como para proteger su reputación.

³⁵ Hasta la fecha, el máximo órgano judicial sólo ha reconocido la posibilidad de inaplicar la regla de prohibición *per se* en ocasiones puntuales. En *Jerrold Electronics, (cit.)*, reconoció que: “si bien la regla de prohibición *per se* tiene que ser seguida en casi todos los casos, el Tribunal tiene que ser consciente de que puede plantearse una situación fáctica peculiar, en la que la aplicación automática de la prohibición puede constituir una solución injusta”. En un sentido similar, en *White Motor Co. v. United States* (372 U.S. 253, 1963) afirmó que “las prácticas de vinculación, (...), pueden englobarse en la categoría de conductas prohibidas *per se*, si bien *no necesariamente*” y en *National Collegiate Athletic Ass’n v. Board of Regents of the Univ. of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984) se afirma que: “..., si bien este tribunal siempre ha mantenido la existencia de una regla de prohibición *per se* en el caso de las prácticas de vinculación, también ha reconocido que estas conductas pueden tener justificaciones procompetitivas, que pueden hacer inapropiada su condena sin que se lleve a cabo un riguroso análisis de mercado”. Concesiones éstas que no implican un abandono total de este parámetro de análisis. De hecho, en *Jefferson Parish Hospital District No 2 v. Hyde*, 446 U.S. 2 (1984), único caso, hasta el momento, dónde se ha debatido expresamente esta posibilidad, el Tribunal Supremo, optó mayoritariamente por el mantenimiento de la prohibición. Vid., *supra*, Capítulo III.II.B.3.

de una regla de razón o *rule of reason* en la valoración de las prácticas de vinculación³⁶.

En conclusión, pese al corsé que impone la sujeción, al menos formal, de las prácticas de vinculación a una regla de prohibición *per se*, en el marco estadounidense se han alegado y analizado, con desigual resultado, distintas justificaciones a la conducta, valorándose su potencial compensatorio de las eventuales lesiones a la competencia que de la práctica pueden derivarse.

En el ámbito europeo, el marco de valoración de los efectos reales de la vinculación en el mercado, lejos de las limitaciones de la prohibición *per se* estadounidense, es, en principio, mucho más flexible. Ahora bien, la ponderación de causas de justificación de acuerdos y prácticas de vinculación, varía notablemente según éstos sean analizados con arreglo al artículo 81 o al artículo 82 del Tratado CE. Las posibilidades de una empresa de defender con éxito su actuación frente a acusaciones de anticompetitividad son mucho mayores en el primer caso. La Comisión ha venido reconociendo diversas causas o factores que pueden ser baremados, no sólo en la fase de aplicación del apartado 3 del artículo 81, sino, incluso, en el momento inicial de determinar la propia aplicabilidad del artículo

³⁶ EL Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, en la resolución del recurso en el caso *Microsoft (United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 [D.C. Cir. 2001]*), mantuvo que la integración de funciones de software en un sistema operativo debe ser analizada, no conforme a la regla de prohibición *per se*, sino con arreglo a la regla de lo razonable. Vid. *supra*, Capítulo II.

También la FTC y el DOJ han manifestado su intención de utilizar, en la valoración de las prácticas de vinculación, un estándar donde se baremen efectos negativos y favorables de estas conductas. Así, en la sección 5.3. de las Directrices sobre Licencia de Propiedad Intelectual (*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*) de 1995, ambas agencias señalan que una práctica de vinculación, en este campo, será probablemente perseguida si se satisfacen las siguientes condiciones: “1) Poder en el mercado del producto principal, 2) Efecto competitivo adverso en el mercado del producto vinculado, 3) *Ausencia de eficiencias o justificaciones empresariales que permitan compensar los efectos negativos de la práctica*”. En un sentido similar, ya se había pronunciado el DOJ en 1985, en las Directrices en materia de restricciones verticales (*Justice Department Vertical Restraints Guidelines*), donde el Ministerio se separa del parámetro analítico tradicional de estas conductas, proponiéndose, en determinadas ocasiones, la evaluación conforme a la regla de razón o *rule of reason*.

81.1. a la práctica de vinculación. Así, el ejecutivo comunitario ha enumerado, en diversas Comunicaciones, una serie de eficiencias u efectos positivos que podrían derivarse de estas conductas y que serán tenidos en cuenta en la determinación de su impacto global sobre la competencia en uno o varios mercados definidos³⁷.

La actitud de las autoridades comunitarias en la aplicación del artículo 82 a las prácticas de vinculación no ha sido tan abierta. Cuando la vinculación es puesta en práctica por una empresa dominante, la posibilidad de que ésta puede ser justificada es mucho más incierta. Tradicionalmente, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han manifestado un escepticismo notable frente a las explicaciones o argumentos avanzados por las empresas investigadas en justificación de su conducta. Así, en los principales casos, estas justificaciones no han sido consideradas suficientes para privar a la conducta de su carácter abusivo – y por tanto, de su condena-, bien por no considerarse objetivos legítimos o dignos de protección, bien por su falta de capacidad compensatoria de los posibles efectos restrictivos de la competencia, –presumiblemente más graves, al tratarse de empresas dominantes-, y, por último, debido a la identificación de alternativas menos restrictivas de la competencia³⁸. De hecho, esta política ha llevado a numerosos autores a acusar a las autoridades comunitarias de sujetar los contratos vinculados, en la

³⁷ En las *Directrices relativas a las restricciones verticales*, la Comisión reconoce que las obligaciones de vinculación pueden contribuir a la producción de eficiencias derivadas de la producción o distribución conjunta de bienes o servicios, así como a garantizar una determinada uniformidad y normalización (Vid. *Directrices*, párrafo 222). En las *Directrices relativas a los acuerdos de transferencia de tecnología*, párrafos 194 y 195, también se identifican determinadas eficiencias que pueden ser generadas por la vinculación, tales como la explotación técnicamente satisfactoria de la tecnología licenciada o la garantía de que la producción bajo licencia se adecua a unos estándares determinados de calidad.

³⁸ En el caso *Hilti (cit.)*, la Comisión rechazó las alegaciones de la empresa de que la vinculación entre cartuchos y grapas era necesaria por razones de seguridad y prevención de posibles acciones de responsabilidad extracontractual en la utilización de las pistolas grapadoras. En *Tetra Pak, II (cit.)*, fueron desestimadas todas las justificaciones ofrecidas: ahorro de costes, razones técnicas, consideraciones de responsabilidad y motivos sanitarios y de seguridad pública. En la reciente decisión en el caso *Microsoft (cit.)*, tampoco fueron ponderados los argumentos adelantados por la empresa informática, ni los referentes a la consecución de eficiencias en la distribución de los productos ni los relativos a la mejora técnica en su funcionamiento.

práctica, a una regla de prohibición *per se*, si la empresa que recurre a los mismos posee poder económico en el mercado del producto principal³⁹.

La crítica doctrinal a la que, hasta el momento, ha sido una aplicación rigurosa del artículo 82 del Tratado de Roma, se enmarca dentro de un debate más amplio. Tanto en el ámbito estadounidense como europeo, importantes voces defienden la eficiencia y el carácter generalmente beneficioso de las prácticas de vinculación⁴⁰. Otros autores, aún mostrándose más escépticos o reservados sobre la intrínseca bondad de estas conductas, sí destacan su ambigüedad desde el punto de vista de la competencia. La posibilidad de que detrás de estas conductas empresariales de potencial excluyente, existan factores o causas legítimas, exige una ponderación de los distintos efectos antes de condenarlas⁴¹. La posibilidad de justificación o explicación de la conducta y la necesidad de ponderación de sus efectos pro y anticompetitivos, inmediatos y futuros, adquiere una importancia particular en el caso europeo, dada la configuración más amplia del ilícito competitivo, que alcanza a las conductas excluyentes, con independencia de sus efectos sobre el nivel de producción o precios. El hecho de que una conducta sea lesiva de los intereses de los competidores no significa, necesariamente, que también sea perjudicial para los consumidores. Es más, la exclusión de terceras empresas del mercado puede ser resultado de una actuación empresarial

³⁹ Esta actitud está presente en el informe sobre la reforma del artículo 82 (EAGCP: “An economic approach to Article 82, *cit.*), en el que se aboga por una política que abandone la suspicacia automática frente a estas conductas, cuando sean ejecutadas por una empresa dominante, y por una mayor receptividad frente a posibles motivos empresariales legítimos que permitan la justificación de la conducta. Vid. también, IDOT: “Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste...”, *cit.*

⁴⁰ Junto a los miembros formalmente adscritos a la Escuela de Chicago, comparten esta visión de las prácticas de vinculación, autores como HYLTON/SALINGER (“Tying law and policy: a decision –theoretic approach, *cit.*); BAYS (“Balancing the benefits and costs of the tying prohibition”, *cit.*; “Tying arrangements should be *per se* legal”, *cit.*); HOVENKAMP (*Federal Antitrust Policy, cit.*).

⁴¹ Vid. *ad.ex*, BAKER: “The Supreme Court and the *Per Se* Tying Rule”, *cit.*; MESSE: “Monopoly bundling in cyberspace”, *cit.*; WAELBROECK, D.: “The Compatibility of Tying Agreements with Antitrust Rules, *cit.*”; IDOT: “Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*, *cit.* Esta perspectiva también está presente en la mayoría de las contribuciones presentadas en el marco de la mesa redonda de la OCDE sobre efectos cartera en concentraciones conglomeradas (OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers, cit.*).

más eficiente, lo que determina la necesidad de que, una vez identificadas conductas presuntamente anticompetitivas, bien por su impacto directo en los niveles de producción o precio o por su capacidad de alteración de la estructura de los mercados, se permita a las empresas explicar su conducta y, en su caso, demostrar los beneficios que ésta reporta a los consumidores.

Conviene recordar que la ponderación de eficiencias constituye sólo uno de los brazos de la balanza del juicio de anticompetitividad. Su introducción en el análisis posee una finalidad compensatoria, lo que determina que, cuanto más graves, ya sea por su entidad o su inmediatez en el tiempo, sean las restricciones de la competencia, mayores han de ser las eficiencias que permitan justificarlas. Así, si la práctica de vinculación no conduce a un refuerzo significativo del poder de mercado de la empresa o tiene lugar en un entorno competitivo, la consecución de alguna eficiencia económica, aunque sea de escasa entidad, permite justificar la conducta. Por el contrario, en presencia de efectos más graves, como un incremento considerable del poder de mercado o la exclusión relevante de competidores, las alegaciones de eficiencia deben ser recibidas con más cautela.

El objeto del presente capítulo lo constituye el examen de las diversas circunstancias que han sido alegadas por las empresas para justificar sus prácticas de vinculación. En los apartados siguientes, procederemos a un análisis individualizado de los principales argumentos a fin de determinar el peso y la importancia que cabe augurar les sea otorgado a cada una de ellos en el examen de evaluación de la conformidad con el Derecho de la competencia de una práctica de vinculación.

Las prácticas de vinculación pueden generar eficiencias. La utilización de este término en sentido amplio permite englobar junto a los ahorros de costes en la producción o distribución de bienes o servicios (eficiencia productiva), -principal efecto positivo asociado a la vinculación-, otras eficiencias cuyo reconocimiento es menos pacífico, como la mejora de las condiciones de transacción o la articulación de una política de precios más eficiente. Una razón alegada frecuentemente, en justificación de la conducta, es la necesidad de garantizar la explotación técnicamente correcta del producto principal y de proteger la reputación o *good-will* de la

empresa, argumento que, en ocasiones, se ha entremezclado con consideraciones de carácter general, como la protección de la seguridad y la salud pública. Finalmente, la conducta también ha sido defendida como mecanismo o instrumento de fomento de la competencia indirecta, en situaciones en las que es difícil el desarrollo de la competencia basada en los precios, como, por ejemplo, en los casos de estructuras de mercado oligopolísticas.

II. CONSECUCIÓN DE EFICIENCIAS

A) VINCULACIÓN Y EFICIENCIA

Uno de los principales retos a los que se enfrenta la articulación del Derecho de la competencia consiste en el establecimiento de reglas o parámetros de valoración; que permitan distinguir entre conductas empresariales eficientes y, por tanto, beneficiosas para los consumidores y conductas perjudiciales para éstos, al facilitar la consolidación de posiciones de poder en el mercado u obstaculizar el libre desarrollo del proceso competitivo. La dificultad de distinción se acentúa en el caso de conductas que, si bien conducen a una exclusión de competidores, no tienen un impacto directo e inmediato en los niveles de producción o precios de un mercado definido. La exclusión puede obedecer a una estrategia empresarial encaminada a la monopolización de mercados o, por el contrario, ser simplemente fruto de la superioridad de una empresa frente a sus competidores. Obviamente –y ésta constituye la esencia del libre mercado- la empresa que ofrece un producto o servicio al mejor precio, con la mayor calidad o que, de cualquier otra forma, consigue hacerse con el favor de los consumidores, obtiene cuota de mercado en detrimento de los competidores menos eficientes, que no sean capaces de replicar esas ventajas. La política *antitrust* debe, por consiguiente, ser especialmente cauta a la hora de condenar una determinada práctica, ya que ésta, lejos de

lesionar la competencia, puede ser, en realidad, una manifestación del correcto funcionamiento del mercado.

Estos problemas son igualmente predicables de las prácticas de vinculación. La unión entre productos o servicios físicamente diferenciables puede constituir, tanto una práctica empresarial eficiente que, por tanto, no debería ser sancionada, como una conducta anticompetitiva susceptible de condena. ¿Cómo y cuándo debería ser tomada en consideración la eficiencia económica en el análisis de la competitividad de las prácticas de vinculación? ¿Qué mecanismos se han arbitrado para evitar la condena de conductas empresariales eficientes?

Es posible distinguir dos filtros orientados a identificar prácticas eficientes, que actúan en fases diversas del análisis⁴². El primero opera, como hemos tenido ocasión de examinar detalladamente en apartados anteriores, en el propio momento de constatación de la existencia de una práctica de vinculación, concretamente, en la determinación de los productos implicados. La utilización del test de la demanda diferenciada para valorar el número de productos presente en una transacción empresarial constituye, en realidad, una primera valoración sobre la eficiencia neta de la operación. La lógica económica subyacente es que, existirá demanda independiente siempre que los beneficios de la elección entre productos superen las eficiencias de una integración particular de éstos. La idea que late tras este test es que los consumidores elegirán el paquete de productos en la medida en que éste maximice su bienestar. Se presume que la unión es beneficiosa para los consumidores, es eficiente⁴³.

⁴² Consideramos que ésta es, al menos formalmente, la opción acogida en el Derecho europeo y la que, en todo caso, defendemos como la más adecuada. En el sistema americano, la temprana articulación de una regla de prohibición *per se*, ha impedido la adopción expresa de este parámetro de análisis (defendido por numerosos autores) y ha dificultado el establecimiento de un estándar claro de ponderación de la eficiencia económica en el análisis de las prácticas de vinculación.

⁴³ Vid., *in extenso*, *supra*, Capítulo II.B.1.

La segunda posibilidad está orientada a cubrir aquellas eficiencias que no hayan podido ser detectadas en el primer filtro, por ejemplo, por tratarse de productos novedosos⁴⁴. Eficiencias que podrán ser alegadas por la empresa examinada como defensa frente a la acusación de anticompetitividad de su conducta.

Este modelo de análisis parte, por tanto, del reconocimiento automático de aquellas eficiencias manifestadas de forma evidente en el mercado en las curvas de la demanda y de la posibilidad de que existan otras no capturadas por este test. Ahora bien, la carga de la prueba de unas y otras es diversa. Mientras que, en el primer supuesto, la eficiencia se presume si el demandante no consigue probar la existencia de mercados diferenciados, en el segundo caso, se exige su prueba por el sujeto interesado: la empresa que las alega o esgrime.

¿Qué eficiencias pueden ser consideradas? Diversos beneficios o bondades económicas han sido asociados por la doctrina a las prácticas de vinculación.

Un primer bloque englobaría aquellos casos en los que la vinculación conduce a una disminución de costes. Dentro de este grupo encuentran cabida, tanto el ahorro de costes de producción o distribución de un bien o servicio, fundamentalmente mediante la obtención de economías de escala y alcance, como, un supuesto más discutido, el ahorro de costes de transacción mediante, por ejemplo, la resolución de determinados problemas asociados a la información de los consumidores.

La unión de productos puede conducir también, -se defiende-, a la fijación de una política de precios más eficiente. Dentro de este grupo de posibles eficiencias se incluiría el denominado efecto “Cournot”, que evita la doble marginalización en la determinación de los precios de productos complementarios y la, ya estudiada, utilización de los contratos vinculados

⁴⁴ Vid. *supra*, Capítulo II.B.1,1.1.

como instrumento de articulación o ejecución de una política de precios discriminatoria.

Finalmente, las eficiencias que se deriven de la vinculación pueden ser de naturaleza cualitativa, es decir, generar valor en forma de productos nuevos o mejorados. Así, la imposición de la adquisición conjunta de productos o servicios puede obedecer, por ejemplo, al deseo de garantizar una correcta explotación del bien principal o a una normalización de la calidad.

A continuación, serán objeto de examen los dos primeros bloques de eficiencias reseñados. Las eficiencias cualitativas, debido a su importancia y a la existencia de una serie de cuestiones relacionadas con ellas, no estrictamente económicas, como la tutela de la salud o la seguridad de los consumidores o la protección de la reputación empresarial o de la imagen de marca, serán analizadas en un apartado independiente.

B) AHORRO DE COSTES

1. Costes de producción o distribución

La obligación de vinculación puede producir un abaratamiento de los costes de producción o distribución de bienes o servicios, es decir, puede resultar más económico producir o distribuir dos bienes conjuntamente que de forma aislada. Economización de costes que repercute en los consumidores en forma de aumentos de la producción o reducciones de precios. Este eventual efecto beneficioso de las prácticas de vinculación ha sido defendido por la mayoría de la doctrina⁴⁵ y reconocido, expresamente, por las autoridades de la competencia⁴⁶.

⁴⁵ Vid., *ad.ex.*, OSTI/PARDOLESI: “La decisione della Commissione CE sul caso General Electrics/Honeywell”, *cit.*, p. 313; KATZ/SHAPIRO: “Antitrust in Software markets”, *cit.*, pp. 67 y ss.; NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 31 y ss.; CRASWELL: “Tying requirements in

Los costes de una empresa pueden variar significativamente en función de las modalidades con arreglo a las cuales los bienes vinculados sean producidos o distribuidos en el mercado. La vinculación puede facilitar la obtención de economías de escala⁴⁷ y, principalmente, de economías de alcance⁴⁸. Éstas se producen cuando “las empresas reducen sus costes mediante la fabricación de productos diferentes a través de los mismos factores de producción”⁴⁹. Este tipo de eficiencias puede obtenerse al utilizar los mismos componentes, instalaciones y personal para fabricar distintos productos. Por ejemplo, el Tribunal Supremo estadounidense reconoció implícitamente la importancia de estos ahorros de costes en el caso *Times Picayune*⁵⁰. El demandado estaba acusado de forzar a los clientes que querían anunciarse en uno de sus periódicos matutinos a anunciarse a su vez en el vespertino. El tribunal concluyó que, en este caso, el mercado relevante era la lectura, mercado que incluía tanto a los lectores de los periódicos matutinos como vespertinos, descartando la existencia de productos diferenciados y, por tanto, de una práctica de vinculación⁵¹. Sin embargo, también hizo hincapié en el hecho de que cuando la venta de

competitive markets: the consumer protection issues”, *cit.*, pp. 681 y ss.; TURNER: “The validity of tying arrangements under the antitrust laws”, *cit.*, pp. 63 y ss.; SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, *cit.*, p. 565; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *cit.*, pp. 85 y ss.; STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 262 y ss.;

⁴⁶ Vid., *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 222: “(...) Las obligaciones de vinculación pueden contribuir a producir eficiencias derivadas de la producción o distribución conjuntas”. En el ámbito estadounidense, vid. la postura del DOJ sobre las posibles eficiencias asociadas a las prácticas de vinculación en OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, *cit.*, p. 222.

⁴⁷ Las economías de escala puede ser definidas como “aumentos de la productividad o disminuciones del coste medio de producción, derivados del aumento de todos los factores de producción en la misma proporción”. Vid. SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, *cit.*, p. 726.

⁴⁸ En caso de que el proveedor no produzca el producto vinculado, también pueden generarse eficiencias si éste adquiere grandes cantidades del producto vinculado.

⁴⁹ *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, párrafo 67.

⁵⁰ 345 U.S. 594 (1953).

⁵¹ Vid. una exposición detallada del razonamiento del Tribunal y un comentario al mismo, *supra*, Capítulo II,II.B.3.

espacios publicitarios en los periódicos de la mañana y en los de la tarde se combinaba en una única transacción, la mayoría de los costes se reducían (costes de solicitud y facturación, así como de fijación de los tipos). Bajo esta práctica de anuncio conjunta, las secciones clasificadas de los periódicos de la mañana y de la tarde eran idénticas y podían ser producidas mucho más económicamente que si se fijaba un tipo para cada periódico separadamente. El resultado era que Times Picayune podía fijar un precio más económico por anunciarse en los dos periódicos conjuntamente, que el que hubiera establecido por anunciarse en cada uno de ellos separadamente.

El ahorro de costes en la producción puede ser resultado también de innovaciones tecnológicas que abaraten la producción conjunta frente a la producción independiente de los productos. Este tipo de eficiencia es frecuente en los mercados de alta tecnología, dónde, en numerosas ocasiones, la unión entre productos no se lleva a cabo mediante un contrato, sino a través de la integración física de los distintos elementos. HOVENKAMP recoge un importante caso de integración tecnológica efectuado por la empresa informática IBM. Durante un largo periodo de tiempo, los elementos de las computadoras electrónicas, como la unidad de procesamiento central (CPU) y los dispositivos de almacenamiento (*disk drives*) eran producidos en cajas separadas y conectados entre sí mediante cables. Estos dispositivos podían ser vendidos separadamente, lo que propició el surgimiento de diversas empresas dedicadas a la producción de elementos periféricos. Durante las décadas de los sesenta y setenta, la empresa IBM desarrolló nuevas tecnologías informáticas orientadas a compactar los circuitos. La mayoría de los componentes periféricos pasaron a ser colocados en la misma caja metálica y, eventualmente, en la misma placa que la propia unidad central de procesamiento. La integración física de estos elementos determinó que éstos fueran, necesariamente, ofrecidos en el mercado sólo como una unidad, lo que si bien constituía una incuestionable mejora para los consumidores, redundó en una lesión de las pequeñas compañías especializadas en la fabricación de periféricos para ser utilizados con las unidades de procesamiento de IBM⁵².

⁵² Vid. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy, cit.*, p. 368.

Del mismo modo, pueden obtenerse economías de alcance en la fase de distribución de los bienes. La comercialización conjunta de diversos productos puede revelarse más económica que su distribución individual. Así, por ejemplo, es más barato ofrecer un paquete con diversos programas de software en un único CD que vender cada uno de ellos separadamente⁵³. La comercialización de varios tipos de productos con los mismos vehículos puede conducir a su vez a un ahorro de costes, por ejemplo, la entrega de suministros de papel y *toner* para máquinas fotocopadoras especiales, puede ser efectuada por el personal de mantenimiento en el curso de visitas de servicio rutinarias, evitándose así visitas separadas⁵⁴. Esta situación es factible en el supuesto de productos complementarios que comportan una base común de clientes, si bien, es dudoso que los ahorros de costes que puedan ser obtenidos en estas situaciones sean significativos⁵⁵.

Un supuesto más relevante de posibles eficiencias en la distribución de productos como consecuencia de su oferta conjunta, se encuentra en una modalidad especial de vinculación, la conocida como *full-line forcing* u obligación de adquirir toda la línea productiva de un fabricante. El productor o fabricante requiere a su distribuidor la adquisición de su gama completa de productos, impidiendo a éste la selección y compra sólo de aquéllos que considera más rentables. Estas cláusulas, frecuentes en los

⁵³ Vid. KATZ/SHAPIRO: "Antitrust in Software markets", *cit.*, pp. 69-70; NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, p. 32.

⁵⁴ Ejemplo tomado de SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, *cit.*, p. 565. WHISH (*Competition Law*, *cit.*, p.607) recoge un ejemplo similar. Una empresa de maquinas fotocopadoras que, además, suministra tinta, papel y piezas de recambio puede reducir sus costes si distribuye a los consumidores todos estos productos al mismo tiempo.

⁵⁵ Así, la Comisión en el caso Microsoft rechazó que la posible eficiencia en la distribución derivada de la comercialización conjunta del sistema operativo (WS) y del reproductor de audio y video (WMP) fuera suficiente para compensar los efectos restrictivos de la competencia. Rechazo motivado, sobre todo en atención a la escasa entidad de los costes de distribución en el ámbito de las licencias de *software*, debido a la facilidad de duplicación y distribución de las copias de los programas informáticos. Vid. Decisión de la Comisión, párrafo 958.

contratos de franquicia u otro tipo de acuerdos de distribución⁵⁶, se encuentran a medio camino entre una obligación de aprovisionamiento exclusivo⁵⁷ y una práctica de vinculación⁵⁸. Generalmente, a diferencia de estas últimas, han recibido un tratamiento favorable por parte de las autoridades de competencia, tanto en EE.UU.⁵⁹ como en Europa⁶⁰. Actitud

⁵⁶ Estas cláusulas son muy habituales en los contratos de concesión mercantil, por ejemplo, en aquéllos que tienen por objeto la distribución de automóviles.

⁵⁷ En principio, esta obligación no exige al distribuidor el abastecimiento exclusivo de ese fabricante, sino que le otorga libertad para adquirir también productos competidores. Es más, de hecho esta obligación ni siquiera requiere la compra de cantidades mínimas de cada producto comprendido en la gama. BAUER (“A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 314 y ss.) utiliza el ejemplo de un fabricante de herramientas eléctricas, que suscribe un contrato con un almacén para la distribución de sus productos, insistiendo en que éste no adquiera únicamente sus taladros, sino también sus pulidoras y sierras. En principio, la obligación estaría satisfecha si el distribuidor compra y revende solo una pulidora y una sierra, adquiriendo más unidades de estos productos únicamente si los primeros son vendidos y se ve obligado a reponer la línea. Ahora bien, si a la obligación de adquisición de toda la línea productiva se le añadiera la de compra de cantidades significativas de cada uno de los productos, el acuerdo podría constituir realmente un compromiso indirecto de aprovisionamiento exclusivo, debiendo, por tanto, ser analizado como tal. Situación presente, por ejemplo, en los casos estadounidenses, *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961) y *Standard Oil Co. of Cal. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).

⁵⁸ FERGUSON (“Tying arrangements and reciprocity: an economic analysis”, *cit.*, p. 553) distingue ambas figuras, sobre la base de que, en el caso de la vinculación, frecuentemente, los productos son complementarios o, de cualquier otro modo, son utilizados conjuntamente, mientras que, en el caso del *full line forcing*, los productos no son de utilización conjunta. Ahora bien, las líneas de distinción son borrosas y diversos autores directamente definen esta figura como una modalidad particular de vinculación, (vid. HAWK: *United States, Common Market and International Antitrust. A Comparative Guide*, New Jersey, 1994; WHISH: *Competition Law*, *cit.*, p. 606). En el ámbito estadounidense, los tribunales de justicia, en ocasiones y a fin de evitar la aplicación de la regla de prohibición *per se*, han evitado la calificación de estas figuras como una práctica de vinculación, recurriendo al expediente de considerar que la línea o gama de productos de una empresa constituye, en realidad, un único bien. Vid. en este sentido, *Smith Mach. Co. v. Hesston Corp.*, 878 F.2d. 1290 (10th Cir., 1989); *Famous Brands, Inc. v. David Sherman Corp.*, 814 F.2d 517 (8th Cir., 1987); *Southern Pines Chrysler-Plymouth Inc. v. Chrysler Corp.*, 826 F.2d 1360 (4th Cir., 1987).

⁵⁹ Vid. *ad.ex.*, *Pitchford v. Pepi, Inc.*, 531 F.2d, 92 (3rd Cir. 1975); *Colorado Pump & Supply Co. v. Febco, Inc.*, 472 F.2d, 637 (10th Cir, 1972) y, más recientemente, *Southern Card & Novelty v. Lawson Mardon Label*, 138 F.3d 869 (11th Cir. 1998).

⁶⁰ Los antiguos Reglamentos de distribución exclusiva y compra exclusiva incluían entre las obligaciones que no impedían la obtención de una exención, “la compra de surtidos completos de productos” (Reglamento (CEE)1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85, a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva*, artículo 2.3 y Reglamento (CEE)1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, *relativo a la*

que obedece, no sólo a la menor peligrosidad de estas conductas, por ejemplo, en atención a su escaso potencial de exclusión o cierre de mercados (la exclusividad no es un elemento necesario de estas obligaciones) sino, fundamentalmente, a la existencia de beneficios económicos asociados a las mismas, que permiten compensar las eventuales restricciones de la competencia que puedan derivarse⁶¹. Estas cláusulas facilitan al productor o fabricante la obtención de economías de escala y alcance en la distribución de sus productos. La celebración de contratos con distribuidores independientes constituye una de las modalidades con las que cuenta un fabricante para colocar sus productos en el mercado. Esta alternativa al suministro directo⁶², exige la oferta y promoción de los bienes por parte del distribuidor. Si un fabricante produjera tres modelos de un producto, A, B y C y sus distribuidores autorizados rehusaran ofertar el modelo C, entonces el fabricante se vería obligado a encontrar un segundo distribuidor que ofreciera ese modelo, suministrarlo él directamente o bien, incluso, a retirar el modelo C de ese territorio. Las dos primeras alternativas redundarían en un encarecimiento de los costes de distribución, al exigir la apertura de un segundo canal distributivo. La tercera opción complicaría la política de *marketing* y promoción de sus bienes, al obligar a establecer diferencias entre las distintas regiones, en función de la parte de la línea de productos que los distribuidores provean en cada una de ellas, perjudicando además las expectativas de los consumidores. En conclusión, el productor tiene un interés legítimo en que el distribuidor ofrezca la totalidad de su gama de

aplicación del apartado 3 del artículo 85, a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva, artículo 2.3).

Por lo que a la práctica decisional del ejecutivo comunitario se refiere, vid., *ad.ex.*, los casos *KRUPS* (Decisión de la Comisión de 17 de abril de 1980, Asunto IV/28.553) y *Villeroy&Boch* (Decisión de la Comisión de 16 de diciembre de 1985, Asunto IV/30.665), dónde prácticas de esta naturaleza fueron consideradas conformes con el artículo 81 del Tratado, en atención a su escasa incidencia anticompetitiva y posibles efectos beneficiosos. Vid., no obstante, *Hoffman-La-Roche*, dónde, por el contrario, se declaró la ilegalidad del sistema de descuentos que conducía, en la práctica, a la obligación de adquirir toda la gama de vitaminas de la empresa.

⁶¹ Vid. HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy, cit*, p. 370.

⁶² El productor puede optar por proveer directamente a los consumidores finales, a través de sus propios medios, con sus empleados o estableciendo filiales en las que ostente la totalidad del capital.

productos, interés suficiente, en la mayoría de los casos, para compensar posibles restricciones de la competencia⁶³.

Si bien la legitimidad del ahorro de costes como justificación empresarial susceptible de contrarrestar los efectos anticompetitivos de una conducta empresarial, no se cuestiona, su operatividad en la práctica está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos. La posibilidad de que estas eficiencias sean suficientes para remediar las posibles restricciones de la competencia depende, tanto de su magnitud como de la imprescindibilidad de la práctica de vinculación para su consecución. Las economías alcanzadas han de revestir suficiente entidad, debiendo por tanto ser verificables, cuantificables e inmediatas o cercanas en el tiempo. Además, también se requiere, de forma expresa en el caso europeo, que los consumidores puedan beneficiarse de estos efectos positivos⁶⁴.

La regla de proporcionalidad exige valorar la practicabilidad para una empresa de opciones comerciales menos restrictivas de la competencia. En este sentido, se ha cuestionado la necesidad de la práctica de vinculación para la obtención de las eficiencias económicas. Diversos sectores doctrinales han defendido que el vendedor que consiga obtener modalidades de producción o distribución más eficientes puede siempre, no obstante, fijar los precios de venta de tal modo que sea tenida en cuenta la divergencia de costes, es decir, puede ofrecer el paquete o la línea completa de los propios productos a un precio inferior al de los bienes singulares vendidos separadamente, dejando libres a los consumidores de elegir entre las distintas posibilidades de adquisición⁶⁵. El *mixed bundling* se revela así

⁶³ Vid., en este sentido, SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, cit., pp. 456 y ss.

⁶⁴ *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 222. “Para que la vinculación pueda obtener una exención, ha de demostrarse, no obstante, que, por lo menos, una parte de estas reducciones de costes se transmiten al consumidor. Por tanto, normalmente, la vinculación no puede quedar exenta cuando el minorista tiene capacidad para obtener de forma regular suministros de los mismos productos o de productos similares en condiciones mejores que las ofrecidas por el proveedor que aplica la vinculación”.

⁶⁵ Vid. en este sentido, TURNER: “The validity of tying arrangements under the antitrust laws”, cit., pp. 62 y ss.; CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying

como una opción menos restrictiva, frente a los casos de vinculación en sentido estricto, en los que no existe una opción real de adquisición de los productos independientemente. Consideramos conveniente destacar, ya en este momento, que la prohibición de la conducta no determina necesariamente que los productos sólo puedan ser ofertados separadamente. La sanción no significa una imposición a los clientes de la obligación de adquirir los productos de forma independiente y de diversas fuentes. La empresa puede ofrecer el paquete de productos, lo que no puede hacer, si se concluye que esa conducta es anticompetitiva, es *imponerlo*, debiendo por tanto, ofrecer junto a esta posibilidad, la alternativa de adquisición de los productos aisladamente⁶⁶.

El hecho de que sea preciso ponderar la posibilidad de alternativas menos restrictivas de la competencia, no significa que esta defensa frente a la acusación de anticompetitividad de una práctica de vinculación carezca de viabilidad. De hecho, es plenamente operativa en determinados escenarios fácticos, por ejemplo, en los casos en que la consecución de eficiencias dependa necesariamente de que todos los consumidores adquieran el paquete de productos, ya que, si sólo alguno de ellos optara

clauses”, *cit.*, p. 85; FERGUSON: “Tying arrangements and reciprocity: an economic analysis”, *cit.*, p. 335; BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 327 y ss.; CELNICKER: “A response to Carson W. Bays’s call for per se legality of tying arrangements”, *cit.*, pp. 148 y ss.; KATZ/SHAPIRO: “Antitrust in Software markets”, *cit.*, pp. 69 y ss. Vid. no obstante, BAYS: “Tying arrangements should be per se legal”, *cit.*, p. 632.

La Comisión Europea también ha rechazado defensas basadas en la eficiencia de prácticas de vinculación restrictivas, en atención a la posibilidad de que ésta mismas podían ser obtenidas sin necesidad de recurrir a la imposición de la compra conjunta. Así, en el caso *Tetra Pak II* (*cit.*), la Comisión desestimó las alegaciones de eficiencias (economías de escalas y reducción de los costes de las materias primas y de distribución) ofrecidas por la empresa, afirmando que: “(...) en cualquier caso, si estas sinergias que, según Tetra Pak, resultan desde el punto de vista económico y técnico de la concentración de las actividades de venta de material y de venta de recipientes en una misma empresa no sólo benefician al productor y, si existen ventajas reales para el usuario en un sistema de suministro integrado, éstas aparecerán sin que sea necesario recurrir a obligaciones contractuales: es a este usuario, y no al productor, al que corresponde poderlas apreciar a la vista de las que ofrecen los sistemas abiertos y elegir con plena libertad” (Decisión de la Comisión, párrafo 119).

⁶⁶ Ésta fue, por ejemplo, la sanción en el caso *Microsoft* en Europa. La Comisión no impuso a la empresa la obligación de ofertar el sistema operativo y el reproductor WMP única y exclusivamente, de forma independiente. A Microsoft se le reconocía también la posibilidad de oferta conjunta de ambos productos en un paquete unitario. Vid. Decisión de la Comisión, párrafos 1011 y ss.

por esta posibilidad, no se producirían los ahorros de costes para ninguno⁶⁷.

La probabilidad de que la defensa prospere es mayor en los casos en los que la unión entre productos resulta de su integración física, es decir, en los supuestos de unión tecnológica, que en presencia de un enlace puramente contractual.

Finalmente, la posibilidad de contestar la supuesta anticompetitividad de conductas de vinculación es especialmente relevante en el caso de integraciones novedosas. Si bien, en la generalidad de los casos, el test de la demanda diferenciada orientado a determinar la racionalidad económica de una unión entre elementos físicamente separables, opera de forma efectiva como detector de transacciones eficientes, su utilidad es limitada en los supuestos de productos novedosos, cuya eficiencia puede no ser apreciada de forma inmediata por los consumidores. Eficiencia que, por tanto, compete probar a la empresa que introduce esa nueva combinación de productos en el mercado.

2. Costes de transacción

Las prácticas de vinculación pueden contribuir también a economizar los costes de transacción o costes de utilización del mercado, mediante las ventajas que se derivan de la realización de un único acto de compra para diversos productos (*one stop shopping*)⁶⁸. En concreto, facilitan a los

⁶⁷ Así, por ejemplo, en el supuesto examinado en el caso *Times Picayune (cit.)* los ahorros de costes que se derivaban de la fijación conjunta de una única página para todos los anuncios en lugar de páginas de anuncios independientes para los periódicos matinales y vespertinos, habrían sido prácticamente eliminados en ausencia de vinculación.

⁶⁸ Vid., contribución del DOJ en OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers, cit.*, p. 222.

consumidores las labores de selección y valoración de productos, reduciendo los costes de información y tiempo asociados a éstas⁶⁹.

Por otra parte, en el supuesto de sistemas complejos, la vinculación consiente al proveedor controlar la calidad de todos los elementos del sistema, lo que le permite aceptar, frente al usuario, la responsabilidad del buen funcionamiento del conjunto, evitando, de ese modo, conflictos sobre el origen de los eventuales defectos y averías y la identificación del proveedor obligado a efectuar la reparación⁷⁰.

Al igual que en el supuesto anterior, es discutible, en muchos casos, la necesidad de la imposición de la vinculación para obtener esas economías o ahorros de costes⁷¹. De ahí, tal vez, la reticencia de las autoridades de la competencia a aceptar este tipo de justificaciones. En el ámbito europeo, alegaciones de esta naturaleza, fueron rechazadas por la Comisión en dos de los casos más importantes en materia de vinculación: *Tetra Pak II* y *Microsoft*.

Tetra Pak alegó que el sistema de ventas asociadas beneficiaba al usuario en caso de que los productos resultaran defectuosos, ya que permitía a la empresa ofrecer al consumidor una garantía global de calidad y, eliminaba la, siempre compleja, cuestión del reparto de responsabilidades entre el proveedor de máquinas y el proveedor de recipientes. La Comisión, en la ponderación de este argumento, concluyó que éste no se adecuaba al

⁶⁹ BAYS defiende la utilización de los contratos vinculados como instrumento de reducción de los costes de las transacciones en los casos de bienes de calidad variable e incierta y explica, en este sentido, las prácticas de *block-booking*, condenadas por el Tribunal Supremo en el caso *Loew's* (*cit.*). La vinculación permitía reducir los elevados costes de información que soportan tanto distribuidores como exhibidores. Los costes de negociación de contratos de licencia de películas pueden ser de tal entidad que resulte mucho más eficiente venderlas en bloques. Vid. BAYS: "Tying arrangements should be per se legal", *cit.*, pp. 630 y ss. En este mismo sentido, vid. EAGCP: "An economic approach to Article 82", *cit.* p. 40 y SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, pp. 459 y ss.

⁷⁰ Vid. CRASWELL: "Tying requirements in competitive markets", *cit.*, pp. 681 y ss.; FRIGNANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia, tomo II*, *cit.*, p. 812.

⁷¹ Vid. CELNICKER: "A response to Carson W. Bays's call for per se legality of tying arrangements", *cit.*, p. 150; CRASWELL: "Tying requirements in competitive markets", *cit.*, pp. 684 y ss.

principio de proporcionalidad. Las restricciones de la competencia que se derivaban de la práctica de vinculación no eran indispensables para la consecución de estos beneficios. Los problemas asociados a la determinación de las responsabilidades recíprocas contaban con un marco jurídico propio de resolución (las normas comunes de responsabilidad)⁷².

Microsoft intentó justificar la vinculación del sistema operativo Windows con el reproductor WMP, defendiendo la reducción de costes de transacción (tiempo, confusión e información) que suponía para el consumidor contar inmediatamente con un conjunto de opciones y programas ya instalados en su ordenador. Esta línea de defensa fue rechazada, ya que la Comisión consideró que estas ventajas no se derivaban de la unión entre productos de Microsoft, sino que podían ser alcanzadas igualmente, dejando libertad a los fabricantes de ordenadores para que ellos configuraran los paquetes de software en atención a la demanda de los consumidores (por ejemplo, Windows con un reproductor de otra empresa, como el Real Player, o, si así lo deseaban, Windows con el WMP)⁷³.

C) REDUCCIÓN DE INEFICIENCIAS EN LOS PRECIOS

Un último tipo de bondades económicas ha sido atribuido a las prácticas de vinculación; bondades centradas en la posible contribución de estas conductas a la mejora de la eficiencia en la asignación de recursos. Concretamente, la doctrina económica⁷⁴ ha identificado dos supuestos en los que la vinculación puede contribuir a mejorar la eficiencia o, más

⁷² Vid. Decisión de la Comisión (*cit.*), párrafo 119.

⁷³ Vid. Decisión de la Comisión (*cit.*), párrafos 956-957.

⁷⁴ Vid. NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 33 y ss.; EAGCP: "An economic approach to Article 82", *cit.*, pp. 38 y ss.

exactamente, a reducir la ineficiencia en los precios que se deriva de la presencia de posiciones de poder en el mercado⁷⁵.

En primer lugar, la vinculación puede facilitar la eliminación de externalidades en los precios de los productos, evitando la doble marginalización. Esta situación, conocida como efecto Cournot, se produce cuando se ofrecen conjuntamente dos bienes complementarios sobre los que existe poder de mercado. El economista y matemático francés Augustin Cournot, afirmó en 1838, que la fusión entre dos empresas monopolísticas de productos complementarios conduciría a una reducción del precio de los mismos, a un incremento del número de bienes vendidos y a un aumento de la suma de ganancias de ambas firmas⁷⁶. Este tipo de unión entre productos podría aumentar el bienestar porque los consumidores ven reducidos los precios y las firmas logran mayores beneficios (mejora de la eficiencia en el sentido de Pareto). El efecto positivo se produce ya que, al ser los bienes perfectamente complementarios, el aumento del precio de uno de ellos provoca la caída de la demanda del otro. Si cada una de las empresas tuviera que fijar independientemente el precio de sus productos, lo haría en función de su poder de mercado, sin tener en cuenta el efecto negativo (externalidad) que genera sobre la demanda de la otra. Si las empresas se unieran, podrían subsanar estas externalidades, ofertando conjuntamente los productos complementarios y ofreciendo a sus clientes precios más reducidos.

La unión de dos bienes complementarios sobre los que existe poder de mercado puede, por tanto, comportar un precio más reducido que el que resultaría de su oferta independiente. Este razonamiento encuentra su principal foco de proyección en el ámbito de la concentración empresarial, específicamente en el caso de las concentraciones conglomerales. De hecho,

⁷⁵ Vid. sobre la relación entre poder de mercado e ineficiencia en la fijación de los precios y asignación de los recursos, *supra*, Capítulo I.

⁷⁶ COURNOT: *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, París, 1838. En el desarrollo de su modelo, Cournot utiliza como ejemplo de bienes complementarios (que necesariamente han de ser usados conjuntamente, ya que el uno sin el otro carecería de valor) el caso del cobre y el zinc, de cuya aleación resulta el latón.

la posibilidad de que la unión entre los motores de General Electrics y los productos de aviónica de Honeywell generara este tipo de eficiencias en los precios informó, tanto la decisión de la Comisión en el polémico caso *GE/Honeywell*⁷⁷, como alguna de las más encendidas críticas doctrinales a la misma. La prohibición de la operación fue muy cuestionada, tanto por las autoridades administrativas estadounidenses como por la doctrina, americana y europea, quiénes acusaron al ejecutivo comunitario de estar consagrando una especie de ilícito basado en la mayor eficiencia de la entidad resultante de la concentración respecto de sus rivales (*efficiency offense*). La nueva entidad podría fijar precios más bajos como consecuencia de la oferta conjunta de paquetes de productos que sus competidores no serían capaces de replicar. Este resultado –defendían las voces críticas– debía ser alentado y no perseguido desde el Derecho de la competencia⁷⁸. Desde la Comisión se intenta responder a las críticas, rechazando la importancia de este tipo de eficiencias, alejadas de la economización en costes de producción o distribución, en la valoración de la compatibilidad de las concentraciones entre empresas con el mercado común⁷⁹.

Junto al efecto Cournot, se ha identificado un segundo escenario en el que la vinculación puede contribuir a reducir ineficiencias en la fijación del precio de los productos. Se trata de la, ya analizada, utilización de estas prácticas como instrumento de articulación de una política de precios discriminatoria basada en la intensidad de uso del bien principal⁸⁰.

⁷⁷ Vid., *supra*, Capítulo III. III.C.3.

⁷⁸ Vid. bibliografía citada *supra*, Capítulo III. III.C.3. y, especialmente, entre las posturas más críticas, OSTI/PARDOLESI: “La decisione della Commissione CE sul caso General Electrics/Honeywell”, *cit.*, pp. 321 y ss.

⁷⁹ Vid. DRAUZ: “Conglomerate and vertical mergers in the light of the Tetra Judgement”, *cit.*, pp. 183 y ss.

⁸⁰ Vid. *supra*, Capítulo IV.III.C.1.

Estas explicaciones de las prácticas de vinculación, si bien defendidas por la doctrina económica, no han gozado, hasta la fecha, de aceptación o reconocimiento por parte de las autoridades de la competencia, al menos en el caso europeo⁸¹. Consideramos que esta ausencia de reconocimiento obedece a dos factores o circunstancias. En primer lugar, la propia filosofía que informa estos razonamientos dificulta su aceptación expresa. La vinculación se utiliza en estos casos para eliminar ineficiencias generadas por una posición de poder económico. El monopolista está más capacitado para resolver problemas de doble marginalización o para articular una efectiva discriminación en los precios; es decir, es el mejor aprovechamiento de una situación de poder de mercado lo que genera los efectos positivos. En este sentido, podría decirse que es “la unión de dos males la que determina la producción de un bien” o en su expresión anglosajona “two wrongs make a right”.

Otro factor que dificulta la admisibilidad de estas explicaciones es su complejidad. La mejora de la eficiencia en la asignación de recursos como consecuencia, ya sea del efecto Cournot, ya de la política discriminatoria, no resulta de forma automática, sino que se apoya en una serie de presunciones, a menudo de difícil concreción en la práctica, como, por ejemplo, la inexistencia de deficiencias en la información o de una relación de perfecta complementariedad entre los bienes. La imposibilidad de establecer reglas de validez general y la necesidad de ponderar los efectos reales de la conducta en el caso concreto, limita la operabilidad de esta línea de defensa frente a acusaciones de anticompetitividad.

⁸¹ El DOJ estadounidense sí reconoció la posibilidad de que la oferta conjunta de bienes complementarios pudiera contribuir a reducir externalidades en la fijación del precio de los productos. Vid. OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, cit., contribución del DOJ, p. 222.

III. NECESIDAD TÉCNICA. PROTECCIÓN DE LA REPUTACIÓN EMPRESARIAL (*Good-will argument*)

*“Safety and quality may be the last refuge of a scoundrel”*⁸²

Junto a las eficiencias derivadas de un ahorro de costes o de una nueva articulación de la política de precios, cabe atribuir a las prácticas de vinculación un tercer beneficio económico. Éstas pueden producir un incremento de la eficiencia cualitativa, es decir, contribuir al fomento de la competencia en aspectos distintos de los precios, como la mejora de la calidad, funcionamiento o variedad de los productos ofertados. Así, por ejemplo, la unión física de programas de software, mediante la integración de sus códigos, puede aumentar su funcionalidad y rendimiento, así como facilitar su utilización gracias a una mayor simplicidad⁸³. La doctrina económica ha identificado otra situación en que la vinculación puede ser utilizada para incrementar el valor de la oferta de la empresa que recurre a la misma respecto a las de sus rivales: la empresa obtiene una ventaja en los casos en que los clientes valoran la variedad y ofrece un paquete de diversos productos que permiten a los consumidores elegir entre diversas opciones⁸⁴.

La vinculación puede perseguir no sólo la mejora de la calidad o incremento del valor de determinados productos, sino también, operar como un instrumento de control –y garantía- del funcionamiento eficiente del producto principal. Así, un fabricante puede justificar la política comercial con arreglo a la cual impide a sus propios clientes adquirir de otros

⁸² NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, p. 21.

⁸³ Vid. KATZ/SHAPIRO: “Antitrust in Software markets”, *cit.*, pp. 69-70. Microsoft en el proceso abierto contra ella por la Comisión Europea por vinculación ilegal, defendió que la unión entre el sistema operativo Windows y el reproductor de audio y video, WMP, garantizaba un funcionamiento técnicamente superior del sistema. Alegación que la Comisión desestimó, no obstante, al considerar que no había sido suficientemente probada. Vid. Decisión de la Comisión (*cit.*), párrafos 962 y ss.

⁸⁴ Vid. NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, p. 32, quién utiliza como ejemplo, inspirándose en los hechos del caso *Aspen Skiing* (*cit.*), la oferta de un pase multi-montañas en una estación de esquí.

proveedores servicios o bienes complementarios con la necesidad de asegurar la plena eficiencia técnica de las prestaciones de sus propios productos⁸⁵.

Unido al deseo de maximizar la utilidad de su producto y asegurar que no se produzcan fallos en la utilización del producto principal que puedan obstaculizar su pleno rendimiento o causar defectos en el mismo⁸⁶, el productor que, por este motivo, recurre a la vinculación, intenta defender su propio éxito comercial y reputación, evitando que puedan atribuirse a vicios cualitativos de sus propios productos defectos de funcionamiento que son, en realidad, imputables a la utilización de bienes complementarios no apropiados. Imaginemos dos productos complejos, por ejemplo, de alta tecnología o de software que, necesariamente, han de ser utilizados de forma conjunta. La empresa puede temer que se le atribuya responsabilidad por el mal funcionamiento del sistema si los consumidores no son capaces de determinar cual de los componentes origina los fallos o defectos. La vinculación permite eliminar este riesgo, asegurando a la empresa un control sobre la calidad de los productos complementarios que son utilizados con su equipo⁸⁷. A este deseo podemos reconducir, por ejemplo, la obligación impuesta a la clientela de proveerse de piezas de recambio o de servirse de las prestaciones de asistencia y reparación ofrecidas por la casa madre⁸⁸.

⁸⁵ Esta justificación cuenta con un amplio reconocimiento doctrinal, vid. *ad.ex.*, NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, *cit.*, pp. 70 y ss.; BAYS: “Tying arrangements should be per se legal”, *cit.*, pp. 627 y ss.; BISHOP/WALKER: *The Economics of EC Competition Law*, p. 214; KATZ/SHAPIRO: “Antitrust in Software markets”, *cit.*, p.68; SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, p. 453; WHISH: *Competition Law*, *cit.*, p. 607; STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 260 y ss.

⁸⁶ Deseo especialmente presente en los casos en los que el producto principal es objeto de arrendamiento. Obviamente, en estos supuestos, la empresa que recurre a la vinculación tiene un interés inmediato y evidente en el correcto funcionamiento y utilización del producto principal ya que, en último término, está protegiendo su propiedad.

⁸⁷ Vid. BISHOP/WALKER: *The Economics of EC Competition Law*, *cit.*, p. 214; KATZ/SHAPIRO: “Antitrust in Software markets”, *cit.*, p.68.

⁸⁸ Vid. MERKIN/WILLIAMS: *Competition Law. Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC*, Londres, 1984, pp. 222 y ss.

La protección de la reputación empresarial es especialmente importante en los casos en los que haya una licencia de marca o, de cualquier otra forma, se identifique al distribuidor con la tecnología o calidad de la empresa que recurre a la vinculación. La empresa que autoriza a otra la utilización de su marca u otro signo distintivo, posee un claro interés en que el producto ofertado, con su aparente consentimiento, responda a los estándares de calidad asociados a su marca. Este interés encuentra una clara manifestación en el ámbito de la distribución mediante contratos de franquicia⁸⁹. El control de la calidad de los productos es de gran importancia, debido a la presencia en el mercado de una imagen de red. Imaginemos que una de las empresas franquiciadas decepciona al consumidor, ofreciendo productos o servicios diversos o de peor calidad que los que éste ha venido asociando a esa imagen. El juicio negativo del consumidor, generalmente, no se limita a las prestaciones ofrecidas en esa empresa concreta, sino que puede extenderse a otras empresas de la red y al franquiciador, generándoles pérdidas que son independientes de sus propias prestaciones.

Esta defensa, basada en la calidad, también ha sido articulada, en ocasiones, en justificación de intereses no meramente privados, como la tutela de la reputación empresarial, sino en base a consideraciones de carácter general, como la protección de la seguridad y salud públicas que podían verse afectadas en caso de que el producto principal fuera utilizado con un producto defectuoso o técnicamente deficiente⁹⁰.

La posibilidad de que la vinculación constituya una fuente de eficiencias cualitativas o, un instrumento útil para proteger la imagen de

⁸⁹ Vid. *in extenso*, BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule”, *cit.*, pp. 1257 y ss.; *supra*, Capítulo II.II.B.5.

⁹⁰ Tanto en el asunto *Hilti (cit.)* como en el asunto *Tetra Pak II (cit.)*, las empresas en cuestión evocaron los riesgos que supondría para el público el empleo de productos fabricados por terceros y que no presentarían todas las garantías necesarias desde el punto de vista de la seguridad y la salud pública. Tales argumentos fueron desestimados. La Comisión y, posteriormente, el TJCE, afirmaron que no corresponde a una empresa privada erigirse en juez de los productos que considera susceptibles de ser utilizados sin peligros por sus clientes. En el supuesto de que la utilización de productos defectuosos implique realmente riesgos para la seguridad pública o la salud pública, es a los poderes públicos a los que compete intervenir, adoptando la normativa adecuada.

marca y reputación de la empresa, ha sido tomada en consideración por las autoridades de la competencia. La Comisión Europea ha reconocido estos eventuales efectos procompetitivos de las prácticas de vinculación, tanto de forma general⁹¹, como en el campo más específico de acuerdos de transferencia de tecnología⁹². Reconocimiento que también han llevado a cabo expresamente las agencias estadounidenses⁹³.

El argumento de la interdependencia tecnológica entre los bienes y la tutela de la calidad y reputación empresarial constituye una defensa muy común en la práctica. Frecuentemente avanzada por las empresas, su reconocimiento ha sido desigual. El examen de los principales pronunciamientos judiciales y administrativos nos permite deducir una serie de reglas que informan la operatividad de esta excepción.

En primer lugar, pese a que la legitimidad o importancia del objetivo perseguido no se pone en duda, la actitud general de las autoridades de competencia ha sido de escepticismo respecto de la imprescindibilidad de la vinculación para alcanzarlo. La defensa, en la mayoría de los casos, ha sido valorada con cautela.

⁹¹ “Puede existir otro tipo de eficiencia si la vinculación contribuye a garantizar una determinada uniformidad y normalización (...)”. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, párrafo 222.

⁹² Por lo que se refiere al ámbito europeo, el tratamiento de las cláusulas de vinculación en los acuerdos de transferencia de tecnología ha sido objeto de una paulatina flexibilización. Así, ya en el anterior Reglamento se excluyeron estas prácticas de la “lista negra” para pasar a ser incluidas en la denominada “lista gris” (Reglamento (CE) n° 240/96 de la Comisión, de 31 de enero de 1996). En el Reglamento actual (Reglamento (CE) n° 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004), hasta cuotas de mercados del 20 o del 30%, opera la exención con carácter general. Cuotas de mercado mayores determinan que las prácticas de vinculación sean sujetas a un examen individual, en el que ya se apuntan una serie de directrices favorables a tener en cuenta en su valoración. Junto al reconocimiento del riesgo de que estas prácticas causen lesiones la competencia, también se señalan los posibles efectos beneficiosos que de las mismas pueden derivarse. En concreto, la explotación técnicamente satisfactoria de la tecnología licenciada o la protección y garantía de su calidad (*Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología*, párrafos 194-195). Vid. HERRERO SÚAREZ: “Libre competencia y propiedad intelectual. Análisis comparativo entre el Derecho antitrust estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo”, *Derecho de la Competencia europeo y español*, ed. Dykinson, volumen VI, 2004, pp. 87 y ss.

⁹³ Vid. las Directrices sobre licencia de propiedad industrial de 1995 (*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*), sección 5.3.

Así, en el ámbito estadounidense, en el caso *Standard Oil Co. v. United States (Standard Stations)*⁹⁴, el Tribunal Supremo defendió la prescindibilidad de las cláusulas de vinculación para proteger la reputación o *good-will* de una empresa, alegando que una tutela suficiente de esos intereses podía ser conseguida, por regla general, mediante la especificación del tipo, caracteres y requisitos cualitativos de los productos que debían ser usados con el producto principal. Razonamiento que también está presente en la valoración de la vinculación efectuada por la empresa IBM entre computadoras y tarjetas perforadas⁹⁵. El Tribunal Supremo rechazó las objeciones de la empresa, que alegaba que la vinculación era necesaria para una distribución y utilización eficiente del producto principal, sobre la base de que una defensa de este tipo sería aplicable sólo en ausencia de una alternativa menos restrictiva de la competencia. En el caso examinado, la empresa hubiera podido especificar las condiciones o requisitos de calidad que las tarjetas, de utilización con las computadoras, debían reunir⁹⁶. La defensa basada en la protección de la reputación empresarial y el control de la calidad de los productos tampoco será estimada en el caso *International Salt*⁹⁷. La empresa alegó que ya que, del contrato de arrendamiento se derivaba una obligación de mantenimiento y reparación de las máquinas arrendadas, era razonable que exigiera el uso de su propia sal, pues su alta calidad aseguraba un satisfactorio funcionamiento y, por tanto, reducía los costes de mantenimiento. El Tribunal Supremo, aplicó el mismo razonamiento que en IBM y afirmó que era posible satisfacer esos

⁹⁴ 337 U.S. 293 (1949).

⁹⁵ *IBM v. United States*, 298 U.S. 131 (1936).

⁹⁶ “A ninguna empresa se le impide proclamar y defender las virtudes de sus propias tarjetas o alertar sobre los riesgos de utilizar, en sus máquinas, tarjetas que no reúnan determinados requisitos de calidad o, incluso, condicionar el arrendamiento de las máquinas a la utilización en ellas de productos que satisfagan esos estándares cualitativos”.

⁹⁷ *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

estándares de calidad recurriendo a alternativas menos restrictivas de la competencia⁹⁸.

En Europa nos encontramos con un panorama muy similar. En el caso *Hilti*⁹⁹, razones de seguridad y prevención de posibles acciones de responsabilidad extracontractual en la utilización de las pistolas grapadoras fueron rechazadas por la Comisión y por el TPI. “Un abuso en el sentido del artículo 86 (actual artículo 82) no puede justificarse apelando a consideraciones relativas a la fiabilidad o seguridad de los productos de que se trate”¹⁰⁰. “Una compañía enfrentada a preocupaciones de seguridad no puede reaccionar con un comportamiento que constituye un abuso con arreglo al artículo 86, más bien debería explorar otras vías legítimas y normalmente más eficaces de tratar con sus preocupaciones. (...) No corresponde manifiestamente a una empresa que ocupa una posición dominante adoptar, por iniciativa propia, medidas destinadas a eliminar los productos que considera, con razón o sin ella, peligrosos o, como mínimo, de una calidad inferior a sus propios productos”¹⁰¹. Un razonamiento parecido fue de nuevo desestimado en el caso *Tetra Pak II*¹⁰². En atención a los problemas técnicos y sanitarios que podían derivarse de la utilización de las máquinas de envasado Tetra con cartones inadecuados y, a fin de defender su reputación, la empresa defendía la existencia de un interés legítimo en su pretensión de que en sus máquinas se utilizaran solamente materiales de envasado procedentes de sus propias fuentes. La Comisión, si bien reconoce la importancia de este tipo de problemas, defiende la existencia de soluciones alternativas a los mismos menos restrictivas de la

⁹⁸ “No se ha probado... que la máquina sea alérgica a sal de la misma calidad producida por alguna empresa distinta de International”.

⁹⁹ Vid. Capítulo III.III.B.

¹⁰⁰ Decisión de la Comisión, párrafo 90.

¹⁰¹ Sentencia del TPI, página 59.

¹⁰² Vid. Capítulo III.III.B.

competencia, como la publicación de las normas y especificaciones que deben observarse en la utilización de las máquinas y de los cartones¹⁰³.

Estos casos revelan una cierta sospecha frente a los abusos a los que esta defensa puede prestarse, limitando su admisibilidad a los supuestos en que no existan otras opciones menos restrictiva de la competencia. La empresa que intente salvaguardar la reputación de sus propios productos, se objeta, puede siempre especificar los estándares técnicos necesarios para un correcto funcionamiento de los productos accesorios y principales, dejando en libertad a la clientela para proveerse en el mercado de quién estimen conveniente.

Esta postura es compartida por un amplio sector doctrinal, quien, temeroso de que esta justificación no constituya más que una cortina de humo, que oculte motivaciones empresariales anticompetitivas, abogan por una limitación de su alcance¹⁰⁴. El *tie-in* puede representar una restricción no justificada de la libertad de elección del consumidor ya que, en el escenario delimitado por la defensa, faltaría un conflicto de intereses entre el vendedor y el adquirente, ambos interesados en el buen funcionamiento del producto y, por tanto, en posición de converger en una solución, para la satisfacción de la exigencia común, que no obstaculice necesariamente la competencia. Por tanto, este argumento sería convincente únicamente en aquellos casos en los que el consumidor no puede apreciar que el funcionamiento correcto del producto principal depende de las características del producto vinculado, por ejemplo, en el supuesto de nuevos productos tecnológicamente complejos.

La operatividad de esta justificación también estaría condicionada, desde el punto de vista de la oferta, a que la empresa pudiera efectivamente sufrir pérdidas en los casos en los que el sistema operara defectuosamente

¹⁰³ Vid. Decisión de la Comisión, párrafo 119.

¹⁰⁴ En este sentido, vid. FERGUSON: "Tying arrangements and reciprocity, *cit.*, p. 335; BAUER: "A simplified Approach to Tying Arrangements", *cit.*, p. 325; FLICKER: "Newcomer Defenses: Reasonable Use of Tie-Ins, Franchises, Territorials and Exclusives", 18, *Standford Law Review*, 1966, pp. 457 y ss.; STRASSER: "An Antitrust Policy for Tying Arrangements", *cit.*, pp.260 y ss.

como consecuencia de la utilización de otro componente. Pérdidas que podrían producirse, bien si resultara costoso para los usuarios –incluso con la asistencia del vendedor- identificar el componente responsable del inadecuado funcionamiento del sistema, lo que ocasionaría a la empresa una merma de su reputación o, bien, si la empresa ofreciera asistencia post-venta y no pudiera probar que los fallos de funcionamiento del sistema no le son imputables, sino que son debidos a la utilización de un elemento inadecuado proveniente de otra empresa¹⁰⁵. Finalmente, la doctrina más escéptica insiste en la frecuente presencia de alternativas menos restrictivas de la competencia, como la especificación de estándares de calidad o la designación de proveedores que satisfagan los requisitos técnicos necesarios. La viabilidad de esta justificación se limita a los supuestos en que el producto vinculado esté protegido por una patente o por un *know-how*, en cuyo caso la empresa tendría un interés legítimo en impedir su producción a terceros¹⁰⁶ o bien, se trate de un producto especializado, no fungible, las especificaciones resulten excesivamente detalladas y, compleja su sujeción a un control de calidad¹⁰⁷.

Ahora bien, esta posición doctrinal no es unánime. Algún sector ha criticado, tanto la posibilidad real como, en su caso, la importancia de opciones menos restrictivas de la competencia. La vinculación, -se defenderá- representa la solución más segura para garantizar la utilización de bienes complementarios perfectamente compatibles (el consumidor podría no respetar las exigencias del productor o no estar en grado de aplicarlas correctamente). Es más, la práctica de indicar detalladamente los estándares técnicos requeridos para los productos complementarios puede incrementar los costes de la empresa. De hecho, el empleo mismo de la vinculación tiene que hacer presumir que se trata de una opción eficiente en el caso de interdependencia tecnológica entre bienes complementarios ya

¹⁰⁵ Vid. KATZ/SHAPIRO: “Antitrust in Software markets”, *cit.*, p. 68.

¹⁰⁶ Vid. WHISH: *Competition Law*, *cit.*, p. 607.

¹⁰⁷ Vid. BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements”, *cit.*, p. 325.

que, el productor no tendría ninguna razón de recurrir a ella si las soluciones alternativas comportasen costes más reducidos¹⁰⁸.

Pese a que, de la práctica judicial y administrativa, así como de las opiniones de un amplio sector doctrinal, se deduce una actitud, por regla general, poco receptiva a alegaciones de protección de la reputación empresarial, podemos identificar dos escenarios en los que este argumento sí podría ser utilizado con éxito, para justificar una práctica de vinculación.

En primer lugar, esta defensa puede revestir importancia en los casos de introducción de un nuevo producto o tecnología. Diversos pronunciamientos judiciales reconocen la necesidad de la vinculación para garantizar la entrada en el mercado de un producto, evitando que la utilización de complementos inadecuados con esos nuevos bienes, imposibilite la consolidación y desarrollo de esa industria emergente¹⁰⁹. Este razonamiento informó el fallo del Tribunal Supremo en el caso *Jerolds Electronic*¹¹⁰, quién consideró que, tanto la venta de sistemas integrados de antena, como su unión forzosa a servicios de instalación y mantenimiento eran precisas para garantizar el correcto funcionamiento de estas nuevas antenas y conservar la reputación y las posibilidades de crecimiento y desarrollo de la propia empresa. Se admite, por vez primera, el argumento de la interdependencia tecnológica y la reputación empresarial. Ahora bien, esta admisibilidad no tiene un carácter absoluto, sino que se limita en el tiempo. La vinculación sólo era necesaria para introducir un nuevo producto, con un futuro incierto, en el mercado. A medida que la industria fuera echando raíces, consolidándose y creciendo, las razones para imponer

¹⁰⁸ Vid., en este sentido, POSNER: *Antitrust Law, cit.*, p. 201. BAKER (“The Supreme Court and the Per Se Tying Rule, *cit.*, p. 1276 y ss.) critica el análisis de apreciación de alternativas menos restrictivas efectuado por los tribunales estadounidenses en la valoración de la competitividad de las prácticas de vinculación, acusándolo de excesivamente discrecional y de permitir una desproporcionada intromisión de los jueces en la toma de decisiones empresariales.

¹⁰⁹ Vid. *General Talking Pictures Corp. v. American Tel. & Tel. Co.*, 18 F.Supp. 650 (D.Del. 1937) y, principalmente, *United States v. Jerold Electronics Corp.* 365 U.S. 567 (1961).

¹¹⁰ Vid. un examen de los presupuestos fácticos de este caso, *supra*, Capítulo II.II.B.4.

esta unión entre complementos de un sistema y política de servicios, desaparecían.

Dentro de la doctrina, también han sido defendidas posturas similares a la seguida, en este caso, por el Tribunal Supremo estadounidense. FLICKER limita la operatividad de esta justificación a situaciones de industrias novedosas y siempre sujeta a un límite temporal¹¹¹. Las posibilidades de consolidación de una nueva industria pueden verse reducidas si los nuevos productos son utilizados con complementos o servicios inadecuados. La vinculación puede constituir un instrumento indispensable para proteger la reputación empresarial en estos momentos iniciales. Necesidad que desaparece cuando van siendo remediadas las dificultades en la manufactura y oferta de los productos, otras empresas consiguen el conocimiento y capacidad suficiente para desarrollar productos adecuados y prestar servicios de asistencia y los consumidores aprenden a reconocer los componentes cualitativamente satisfactorios.

La protección de la calidad y la reputación de la empresa también ha sido ponderada en los casos de licencias de patentes, marcas u otros derechos de propiedad industrial. La práctica judicial estadounidense nos permite individualizar una serie de casos, en los que, la vinculación fue considerada necesaria para proteger una imagen de marca y las subsiguientes expectativas de los consumidores respecto de los caracteres o rasgos de determinados productos¹¹². En este sentido, esta línea de defensa puede revelarse especialmente eficaz, por ejemplo, para justificar la unión forzosa entre un producto y sus piezas de recambio¹¹³.

¹¹¹ FLICKER: “Newcomer Defenses: Reasonable Use of Tie-Ins, Franchises, Territorials and Exclusives”, *cit.*, pp. 457 y ss.

¹¹² *Federal Trade Commission v. Sinclair Refining Co. Oil* (261 U.S. 463, 1923); *Dehydrating Process Co. v. A.O. Smith Corp.* (292 F.2d 653, 1st Cir., *cert.denied*, 368 U.S. 931, 1961); *Susser v. Carvel Corp.*, 332 F.2d 505 (2nd Cir. 1964).

¹¹³ Vid. *Pick Manufacturing Co. v. General Motors Corp.* [299 U.S. 3 (1936), *per curiam*, *aff'g* 80 F.2d 641 (7th Cir. 1935)]. Se consideró que la obligación impuesta por la empresa General Motors a sus distribuidores de Chevrolet de utilizar exclusivamente piezas de recambio Chevrolet era necesaria para proteger la reputación e imagen de marca de la empresa.

Del mismo modo, la Comisión ha recogido, en sus Directrices sobre acuerdos de transferencia de tecnología, una política muy favorable a la inclusión en estos contratos de cláusulas de vinculación orientadas a garantizar determinados niveles de calidad o a asegurar una explotación técnicamente correcta y satisfactoria de la invención o tecnología cedida¹¹⁴.

IV. FOMENTO DE LA COMPETENCIA INDIRECTA

La última de las justificaciones a una práctica de vinculación se centra en su posible utilización como instrumento de competencia indirecta o, como señala el profesor SULLIVAN, como un “mecanismo de erosión de fuerzas hostiles a la competencia”¹¹⁵. En determinados escenarios de

En el ámbito europeo, el acceso a los recambios de vehículos de motor ha sido objeto de una especial consideración. Así, el Reglamento (CE) n° 1400/2002, de la Comisión, de 31 de julio de 2002, *relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de vehículos de motor*, incluye expresamente entre las cláusulas cuya presencia determina la inaplicabilidad de la exención: “la restricción de la capacidad del distribuidor o de un taller de reparación autorizado para obtener, de una tercera empresa de su elección, recambios originales o de calidad equivalente y utilizarlos para la reparación o mantenimiento de vehículos, sin perjuicio de la facultad de exigir la utilización de recambios originales suministrados por el proveedor para las reparaciones efectuadas bajo garantía, los servicios de post-venta gratuitos y las operaciones de llamada a revisión de vehículos”. Vid. ECHEBARRÍA SAÉNZ: “Acuerdos verticales”, *cit.*, pp. 151-152.

¹¹⁴ “(...) En los casos en los que los licenciatarios utilizan la marca del licenciante o a los consumidores les resulta evidente, por cualquier otro motivo, que hay un vínculo entre el producto que incorpora la tecnología licenciada y el licenciante, éste tiene un interés legítimo en asegurarse de que los productos sean de calidad suficiente para no ver devaluada su tecnología o su reputación como operador económico. Además, cuando los consumidores saben que los licenciatarios y el licenciante producen con la misma tecnología, hay pocas probabilidades de que los licenciatarios acepten una licencia si la tecnología no es explotada por todos de manera técnicamente satisfactoria”. Vid. *Directrices relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología*, párrafo 194.

¹¹⁵ Vid. SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, p. 454. Reconocen esta utilización de los contratos vinculados, *ad.ex.*, STRASSER: “An Antitrust Policy for Tying Arrangements”, *cit.*, pp. 282 y ss.; CRASWELL: “Tying requirements in

mercado, la competencia directa en los precios es difícil. Este sería el caso, por ejemplo, de estructuras de mercado oligopolísticas o de situaciones en las que los precios mínimos del producto vienen prefijados, ya sea por las autoridades públicas o, como resultado de un acuerdo carterístico entre empresas. Ante la imposibilidad de acudir a descuentos directos, una empresa que desee acrecentar su cuota de mercado, puede servirse de la vinculación para articular una reducción encubierta de precios. En lugar de disminuir el precio del producto A, la empresa puede ofrecer éste a su precio regular pero unirlo a un producto B a un precio muy reducido. El producto vinculado se convierte así en un bono o producto-gancho, que puede ser incluso vendido con pérdidas y cuya finalidad es aumentar el valor y apetecibilidad para los consumidores del producto principal¹¹⁶.

En principio, la utilización de la vinculación como instrumento para ofrecer concesiones en los precios requiere la presencia de una relación de complementariedad entre los productos ofertados conjuntamente. Si este es el caso, presumiblemente la mayoría de los compradores de uno de los bienes deseará adquirir el otro y la oferta reducida por el paquete constituye una opción atractiva. Atractivo que puede no estar presente, sin embargo, en los casos en los que no existe relación entre las demandas de los productos. La imposición de un precio unitario puede disuadir de la compra a determinados consumidores, interesados únicamente en el producto principal. La adquisición del paquete de productos sólo poseería sentido, en estos casos, si el producto vinculado se ofrece de forma total o prácticamente gratuita¹¹⁷.

competitive markets”, *cit.*, p. 669; BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule”, *cit.*, pp. 1317 y ss.

¹¹⁶ HUNT recoge el ejemplo de las compañías aéreas, sujetas en el momento a regulación en EE.UU., y que recurrían, como forma de competencia, a la oferta de paquetes que incluían, junto al servicio de transporte aéreo, comidas, salas o servicios de audio o video. Vid. HUNT: “Product Separability: A Workable Standard to Identify Tie-in arrangements under the Antitrust Laws”, *cit.*, p. 169. Otro ejemplo lo constituiría la práctica conocida como “vinculación promocional” consistente en la oferta combinada de varios productos a un precio reducido durante un periodo breve de tiempo, generalmente en mercados de bienes de consumo.

¹¹⁷ Algunos autores han cuestionado la lógica económica de la vinculación como forma de competencia, incluso en los casos de productos complementarios. Así SULLIVAN sostiene la irracionalidad de la vinculación como instrumento de competencia, ya que, incluso a un precio muy reducido por el producto vinculado,

¿Qué valoración merece esta línea de defensa? ¿Qué viabilidad tiene como posible justificación de los efectos restrictivos de una práctica de vinculación? Los *tying agreements* han sido valorados por algunos autores como una forma eficaz de competencia, que transforma la lucha respecto de componentes aislados en una competencia de “sistemas” o “paquetes de productos”, forma de competencia ésta que puede revelarse mucho más intensa que la primera y cuya utilización en este sentido debería, por tanto, ser alentada¹¹⁸.

Ahora bien, esta posible justificación está sujeta a la misma condición que, hasta ahora, hemos venido realizando de las distintas defensas tradicionalmente ofrecidas en apoyo de la competitividad de las prácticas de vinculación: la inexistencia de alternativas menos restrictivas de la competencia. Los pretendidos efectos beneficiosos de la conducta no dependen de la unión forzosa entre los bienes o servicios; idénticos resultados podrían obtenerse ofreciendo un paquete de productos a precios más reducidos, pero sin imponerlo necesariamente¹¹⁹.

El hecho de que un contrato vinculado sea utilizado para fomentar la competencia indirecta, no es en sí mismo suficiente para garantizar su exención automática. La práctica puede resultar igualmente en una exclusión relevante del mercado o producir otros efectos lesivos de la competencia. A pesar de que este uso de los contratos vinculados es competitivo en su motivación, su potencial anticompetitivo y la existencia de otras formas de competir menos restrictivas, recomiendan una actitud cauta a la hora de admitir esta justificación.

pueden existir compradores que hubieran adquirido el producto principal al precio de mercado (colusorio o regulado), pero que valoran el bien B tan poco que se ven disuadidos más que estimulados o atraídos por la vinculación. Vid. SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, p. 454.

¹¹⁸ Vid. en este sentido, HUNT: “Product Separability: A Workable Standard to Identify Tie-in arrangements under the Antitrust Laws”, *cit.*, pp. 168 y ss. Una postura similar se recoge en el informe de la EAGCP: “An economic approach to Article 82”, *cit.*, pp.40 y ss.

¹¹⁹ Vid. en este sentido SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, *cit.*, p.454, quién incluso llega a dar la vuelta a esta defensa, argumentando que la utilización de estas prácticas en mercados oligopolísticos puede perseguir realmente, no un descenso de los precios, sino una subida de los mismos.

V. PONDERACIÓN DE EFECTOS PRO Y ANTICOMPETITIVOS DE LAS PRÁCTICAS DE VINCULACIÓN

A lo largo de los dos últimos capítulos de este trabajo hemos tenido ocasión de examinar los distintos efectos lesivos de la competencia, así como los posibles beneficios procompetitivos, que, tanto doctrina como tribunales de justicia y autoridades administrativas han ido asociando, a lo largo del tiempo, a la figura conocida como contratos vinculados o prácticas empresariales de vinculación. Examen que, si algo pone de manifiesto, en una primerísima conclusión, es la dificultad de valoración de la conducta. Los efectos sobre la competencia de la vinculación son ambiguos y el juicio de valoración de la misma, desde la perspectiva del Derecho antimonopolio, necesariamente complejo. Desafortunadamente, ninguno de los intentos de búsqueda de reglas generales de validez universal, es decir, aplicables a todos las posibles modalidades y casos de vinculación, ya se basen en la anticompetitividad intrínseca de las conductas, ya en su bondad natural, han resultado, a nuestro juicio, exitosos -o, al menos, suficientemente convincentes-. Consideramos que, frente a estas conductas, no cabe ni la demonización ni la reverencia.

Las empresas pueden acudir a estas prácticas animadas por distintos objetivos. Así, una compañía puede utilizar la vinculación como instrumento para reforzar el poder económico que ya posee en un mercado concreto, diverso al mercado del producto vinculado. Otra puede recurrir a la misma para proteger su reputación, garantizando que sus bienes no van a ser utilizados con complementos o accesorios inadecuados que impidan su pleno y correcto funcionamiento. La existencia de fallos en un determinado mercado -por ejemplo, deficiencias o imperfecciones en la información-, puede impulsar a una empresa a utilizar un contrato vinculado como instrumento de explotación de consumidores cautivos. Quizás, la empresa que decide realizar un ofrecimiento conjunto de bienes o servicios diferenciados, persiga únicamente, incrementar el atractivo de su oferta frente a la de empresas competidoras o, tal vez, pretenda articular

una política de precios discriminatoria, usando la vinculación como instrumento de medición de la intensidad de uso del producto principal.

Al igual que ocurre con los incentivos, los efectos sobre la competencia de un contrato vinculado pueden ser también muy diversos. Éstos no son uniformes. Diversos factores condicionan el impacto de la práctica sobre la estructura o resultados de los mercados afectados. Así, por ejemplo, los caracteres de esos mercados, tales como su grado de concentración y madurez, la presencia o no de barreras de entrada, la existencia de fallos en la información, etc., son circunstancias que han de ser tomadas en consideración en la determinación de la incidencia competitiva de la conducta. Del mismo modo, la naturaleza de la relación existente entre los productos, la posición en el mercado de la empresa que se sirve de la vinculación como estrategia comercial, su estructura de costes, la presencia de derechos de propiedad industrial, la utilización aislada de la práctica o su inclusión en un esquema más amplio de finalidad excluyente, etc., son factores de los que dependen la existencia y, en su caso, entidad del posible daño a la competencia.

Pese a la existencia de este panorama y partiendo, por tanto, de la presencia de serias dificultades para su exacta determinación, es preciso articular un parámetro o criterio analítico de valoración de estas prácticas. Parámetro que tiene el difícil cometido de intentar conseguir un equilibrio entre los distintos intereses en juego. Por una parte, ha de evitar la sanción de conductas eficientes o neutrales desde el punto de vista de la competencia. Es necesario, en la medida de lo posible, eliminar el riesgo de falsos positivos; es decir, de sanción de conductas que, realmente, no perjudican el normal desarrollo del proceso competitivo. Por otra parte, debe proteger el correcto funcionamiento del sistema de economía de mercado, velando por el cumplimiento de los principios que lo informan, como el desarrollo de la competencia sobre la base de los méritos empresariales, el derecho de acceso al mercado de los operadores económicos y de no ser excluidos del mismo como consecuencia de la actuación predatoria de empresas con una especial posición de poder económico. A ello hay que añadir que los consumidores se colocan como destinatarios últimos, en esta encrucijada de intereses. Su protección exige,

tanto que no sean sancionadas conductas eficientes que pueden redundar en su beneficio, en forma de precios más bajos o mejores productos, como la prohibición de prácticas que puedan lesionar sus intereses, al desembocar en la consolidación de posiciones de poder de mercado u obstaculizar, de cualquier otra forma, el desenvolvimiento eficiente del proceso competitivo.

La articulación de este parámetro exige un reparto equitativo de la carga de la prueba entre las distintas partes afectadas. Al demandante, o a la autoridad que cuestiona la competitividad de una determinada conducta, compete probar, en primer lugar, la existencia de la conducta prohibida, una práctica de vinculación, en este caso y, seguidamente, los efectos anticompetitivos que de la misma se derivan. A la empresa demandada corresponde su justificación y la prueba de la existencia de beneficios suficientes para compensar esas posibles restricciones de la competencia. La operatividad y eficacia de este modelo de análisis depende del rigor que a cada una de las partes se le exija, en el cumplimiento de sus respectivas competencias.

Quién ponga en duda, por tanto, la conformidad de una práctica de vinculación con el Derecho *antitrust*, ha de probar, junto a la presencia de la conducta prohibida, la existencia de un efecto lesivo de la competencia. La necesidad de demostrar un daño competitivo efectivo es exigible, tanto en el sistema estadounidense como en el comunitario europeo.

En Europa, la prueba de un efecto anticompetitivo es precisa, ya sea enjuiciada la conducta como acuerdo restrictivo bajo el artículo 81 o como abuso de posición dominante con arreglo al artículo 82 del Tratado CE. Las cláusulas de vinculación no forman parte de la reducida categoría de restricciones por el objeto, de ahí que su carácter restrictivo no pueda presumirse y deba ser probado, mediante la aportación de los elementos de hecho y de valoración económica precisos. Del mismo modo, también se requiere que quién alegue una infracción del artículo 82 del Tratado, demuestre el carácter abusivo de la conducta de la empresa dominante, es decir, en este supuesto, que la vinculación es susceptible de provocar una distorsión injustificada de la competencia.

En EE.UU., la sujeción de esta conducta a una regla de prohibición *per se* podría significar, en principio, que la mera prueba de la existencia de la conducta sería suficiente para demostrar su anticompetitividad. Ahora bien, ya hemos tenido ocasión de examinar, a lo largo de todo el presente trabajo, las particularidades que informan la prohibición de los contratos vinculados. Ya desde las primeras etapas de articulación de la prohibición, se hacía depender ésta del cumplimiento de determinados requisitos. Entre otros, de la existencia de un impacto negativo en el mercado del producto vinculado. Requisito éste, que ha sido objeto de interpretaciones muy diversas y que, actualmente, puede, respetando formalmente el parámetro de análisis deducible de esta *per se rule* cualificada, ser interpretado en el sentido de exigir un efectivo daño a la competencia en ese mercado. El enjuiciamiento conforme a la sección 2 de la *Sherman Act*, también exige demostrar el impacto negativo de la conducta, la prueba de que de la misma se deriva un refuerzo o incremento del poder de mercado.

Constatada la necesidad de prueba, la siguiente cuestión que se deduce de forma automática, es la determinación de qué cabe entender por restricción de la competencia. ¿Cuándo el efecto de una conducta merece la calificación de anticompetitivo? La respuesta a este interrogante no es universal, sino que se halla en función de los objetivos que, en cada sistema jurídico, se adscriban al Derecho de la libre competencia. Objetivos que se han demostrado fluctuantes y cambiantes a lo largo del tiempo.

Una nota común al sistema estadounidense y al europeo, en la actualidad, es la necesidad de que la práctica empresarial tenga un impacto significativo en el mercado. Es decir, su capacidad de introducir distorsiones en el funcionamiento o en el desarrollo del proceso competitivo en los mercados. De tal modo que, frente a antiguas concepciones, no bastaría con probar que la conducta restringe la libertad de acción de alguna de las partes de un contrato o que limita la libertad de opción de los consumidores. Sin entrar a cuestionar la importancia o nocividad de estos efectos, nos limitamos a señalar su exclusión del ámbito de alcance del Derecho *antitrust*, a menos que se vean acompañados de otras consecuencias lesivas. El ilícito competitivo exige un impacto en el mercado,

de ahí que prácticas de vinculación que carezcan de este efecto, no pueden considerarse anticompetitivas, sin perjuicio de su enjuiciamiento y valoración desde otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho del consumo o de la competencia desleal.

Hasta aquí las similitudes entre ambos sistemas jurídicos. El parámetro de anticompetitividad, hoy dominante en EE.UU., limita el concepto de lesión de la competencia al daño a los consumidores, manifestado en una pérdida o reducción de la eficiencia en la asignación de recursos; es decir, a la existencia de precios más elevados como consecuencia de la práctica. Por lo que al alcance de la prueba se refiere, en principio, es precisa una ponderación de los niveles de producción y de precios antes y después de realizarse la conducta. El efecto de la misma no será anticompetitivo si no se ha producido ese incremento. Es posible no obstante, matizar el rigor de esta conclusión, recurriendo a una interpretación más flexible que introduzca consideraciones dinámicas en el análisis, tal y como se ha venido defendiendo, desde determinados sectores doctrinales y posturas económicas posteriores a la Escuela de Chicago, a cuyos miembros cabe atribuir la formulación de este parámetro de determinación de anticompetitividad. Nuevas interpretaciones correctoras que permiten demostrar la existencia de efectos anticompetitivos en los casos, en los que, si bien no hay un incremento automático de los precios, cabe deducir –con la suficiente certeza– que ese daño se producirá en un futuro, como consecuencia de una exclusión de competidores del mercado o de un encarecimiento de sus costes. Ahora bien, el objetivo de estas nuevas teorías no es el cambio del concepto de daño o lesión competitiva. Partiendo del mismo enfoque eficientista, según el cual, el Derecho antimonopolio sólo debe intervenir para reprimir prácticas que conduzcan a una reducción de los niveles de producción y subida de los precios, identifican determinados escenarios o situaciones en las que ese efecto concreto, al menos en el medio plazo, es posible. En todo caso, es necesario demostrar la existencia de ese nexo causal entre exclusión de los competidores del mercado y daño a los consumidores. Prueba que se ve dificultada en la práctica, por la complejidad de la mayoría de los modelos utilizados por la doctrina post-Chicago en respaldo de sus propuestas.

En Europa, existe una noción diversa de restricción competitiva, acorde con el abanico más amplio de objetivos atribuidos al Derecho de la libre competencia comunitario. Junto a la búsqueda de la eficiencia en la asignación de los recursos¹²⁰, también el derecho de acceso a los mercados de los operadores económicos y la existencia de estructuras de mercado abiertas y dinámicas, se consideran intereses dignos de protección¹²¹. Por tanto, el demandante podría probar la anticompetitividad de una práctica de vinculación si demuestra que ésta obstaculiza el desenvolvimiento o la estructura de los mercados, excluyendo a competidores de los mercados relevantes o dificultando el acceso de nuevas empresas. Ahora bien, no todo daño a los intereses de los competidores puede ser identificado con una lesión de la competencia. Es preciso que esa exclusión sea significativa e injustificada. La prueba de la relevancia de la exclusión compete a la parte demandante, la justificación a la empresa demandada. En el ámbito europeo, no opera la presunción, extendida en EE.UU., de eficiencia de conductas empresariales de efecto excluyente carentes de un impacto directo en los intereses de los consumidores. Si bien se reconoce que el efecto excluyente de una práctica empresarial puede obedecer, tanto a una estrategia de monopolización como a los superiores méritos de la empresa, la presunción opera a favor de la primera de las opciones. Presunción que podrá ser rebatida por la empresa afectada, a la que se desplaza la carga de demostrar la existencia de justificaciones legítimas a su conducta. Ahora bien, esta presunción de anticompetitividad opera siempre y cuando el efecto excluyente sea significativo. Significación o entidad de ese efecto, cuya prueba exige, en primer lugar, la delimitación rigurosa de los mercados afectados y la ponderación necesaria de una serie de factores, tales como cuotas de mercado absolutas y relativas, existencia de cláusulas de exclusividad, grado de madurez de los mercados, presencia de barreras de entrada, etc. Circunstancias todas ellas orientadas a garantizar que el

¹²⁰ En Europa, al igual que en EE.UU., la restricción artificial de la producción –y la consiguiente subida de precios–, forma parte del concepto de restricción de la competencia. A diferencia del caso americano, sin embargo, no lo agota.

¹²¹ Sin olvidar, por supuesto, la importancia que, en el Derecho de la competencia comunitario, reviste el objetivo integracionista. Importancia que conduce a la sanción, casi con total certeza, de cualquier práctica o conducta de los agentes económicos privados que pueda obstaculizar el proceso de unificación de mercados. Vid. *supra*, Capítulo I.

cierre de los mercados o la introducción de obstáculos a su libre funcionamiento, puede acabar desembocando en una lesión de los intereses de los consumidores, al facilitar la consolidación de posiciones de dominio o impedir el desarrollo de una competencia dinámica y de un clima proclive a la innovación y al desarrollo.

Esta primera fase del análisis reviste una enorme importancia. La solidez y rigor con los que la prueba de los efectos anticompetitivos de una práctica de vinculación se haya llevado a cabo condiciona el resto del juicio de valoración. Obviamente, la empresa demandada puede intentar rebatir las conclusiones sobre la anticompetitividad de la conducta, cuestionando la corrección o exactitud del análisis efectuado. Así, por ejemplo, podría, en su caso, alegar la incorrecta delimitación del mercado relevante o la inexistencia de barreras de entrada, lo que determina que las eventuales posiciones de dominio que puedan formarse de resultados de la práctica, tendrían, a lo sumo, un carácter transitorio, etc. Si la existencia del efecto de exclusión no se cuestiona, la única posibilidad abierta a la empresa demandada es intentar justificar su conducta, probando la presencia, junto a los efectos anticompetitivos admitidos, de efectos beneficiosos que, en un balance global, permitan compensar los primeros.

Esta segunda fase del análisis se ha revelado especialmente problemática para la empresa acusada de vinculación ilegal o anticompetitiva ya que, cualquier intento de justificación de la conducta ha de superar el listón impuesto por el principio de proporcionalidad. No bastaría, por tanto, con ofrecer un objetivo legítimo, es necesario demostrar que el mismo no puede ser conseguido mediante otras alternativas menos restrictivas de la competencia. En el caso de los contratos vinculados, el principal obstáculo a la justificación de la conducta lo ha constituido, tradicionalmente, no la falta de legitimidad de las defensas alegadas, sino la existencia de otras opciones para conseguir esas mismas finalidades, susceptibles de causar un menor deterioro a la competencia en los mercados.

Dificultad que no significa, necesariamente, imposibilidad de justificación de la conducta. Existen escenarios en los que los pretendidos

beneficios de la conducta pueden considerarse suficientemente relevantes como para compensar eventuales restricciones de la competencia. La necesidad de protección de la reputación empresarial, por ejemplo, adquiere importancia en los casos de existencia de una imagen de marca o de industrias emergentes, cuya consolidación y desarrollo podrían verse comprometidos si los productos fueran utilizados con complementos, o sujetos a servicios de asistencia o reparación, inadecuados. Del mismo modo, es conveniente una actitud receptiva a alegaciones de eficiencia –ya se trate de un ahorro de costes en la producción o distribución de los productos o una mejora cualitativa-, en el caso de productos nuevos y complejos, por ejemplo, en mercados de alta tecnología, en los que los consumidores pueden no apreciar automáticamente las eficiencias derivadas de la integración y mantener una demanda diferenciada para cada componente; eso sí, siempre y cuando, la oferta independiente o el recurso a prácticas menos restrictivas, como el *mixed-bundling* resulte demasiado costoso o, de otra forma, poco factible.

Una política sólida frente a las prácticas de vinculación desde el Derecho de la competencia, exige sinceridad y coherencia. Sinceridad para identificar los valores o intereses últimos protegidos a través de esta rama del ordenamiento jurídico –que, insistimos, pueden variar a lo largo del tiempo y en cada sistema jurídico-, y determinar así las circunstancias en las que los contratos vinculados pueden atentar contra ellos. Coherencia en la realización del juicio de competitividad, de forma que éste se adecue a los valores identificados. Así, por ejemplo, si se concluyera sobre el carácter eminentemente económico de los intereses tutelados, es preciso, en aras, precisamente, de esta coherencia, un análisis riguroso, desde el punto de vista económico, sobre los efectos de la conducta. Si el concepto de daño a la competencia posee una naturaleza, o al menos, algunas facetas económicas, resulta lógico –e imprescindible- la utilización de criterios económicos para determinar su concreción o no en la práctica.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Uno de los principales rasgos del Derecho *antitrust* o Derecho de la libre competencia es su dinamismo. Ni los intereses tutelados ni los principios que conforman esta rama jurídica son universales e inmutables. Los objetivos adscritos al mismo han ido variando, a lo largo del tiempo y en las distintas jurisdicciones, ampliando o constriñendo su alcance en función de las circunstancias políticas o económicas dominantes. Diversos factores como el desarrollo de los mercados tecnológicos, el proceso de globalización de mercados, la sucesión de distintas escuelas de pensamiento económico, etc. han influido en estos cambios. Ahora bien, la causa última de la maleabilidad del Derecho de la competencia resulta de la íntima conexión de este sector del ordenamiento jurídico con el sistema de ordenación económica de libre mercado, lo que determina que los vaivenes que éste experimente –en forma de demanda de una mayor o menor intervención de los poderes públicos en su desarrollo-, repercutan también en aquél, en cuanto constituye, precisamente, una manifestación del papel de los poderes públicos en la ordenación de la libertad de empresa. De este modo, a etapas caracterizadas por una desconfianza frente a la actuación pública en la economía y una demanda de abstencionismo estatal, corresponde una minimización del alcance –o, incluso, rechazo frontal- del Derecho *antitrust*, mientras que en situaciones de recelo o escepticismo respecto de la capacidad autosaneadora de los mercados y de los beneficios asociados a la actuación empresarial no sujeta a controles, el Derecho regulador de la competencia amplía su campo de actuación y se aplica de forma rigurosa.

SEGUNDA

La evolución del Derecho *antitrust* estadounidense ha determinado el paso de un sistema dirigido a la protección de una pluralidad de valores o intereses –tanto sociales como políticos y económicos-, a una visión monoteísta de los fines de este sector del ordenamiento jurídico, articulada

en torno al concepto de eficiencia. Esta orientación restrictiva del Derecho de la competencia, iniciada de mano de la Escuela de Chicago irá paulatinamente afianzándose desde la década de los ochenta, perdurando – sin perjuicio de oscilaciones en su concreción en la práctica- hasta nuestros días. Con arreglo a la misma, el valor de la competencia en los mercados se limita a su capacidad para conducir a un determinado resultado: la eficiencia, fundamentalmente la eficiencia en la asignación de los recursos escasos. Este concepto de competencia obliga, en consecuencia, a una relectura del ilícito competitivo, de modo tal que sólo se consideran anticompetitivas las prácticas susceptibles de conducir a una creación o refuerzo de poder de mercado, manifestándose ese efecto en la existencia de una restricción de la oferta y una elevación del nivel de precios.

TERCERA

El Derecho comunitario de la competencia –a diferencia de su homólogo estadounidense- ha experimentado una diversa evolución. Si bien es cierto que, fundamentalmente en la última década, se ha llevado a cabo un proceso de modernización de las normas europeas que, entre otras cuestiones, determina que a las autoridades de la competencia –principalmente a la Comisión Europea-, les sea exigida una mayor solidez y rigor económicos en la valoración de la eventual anticompetitividad de las conductas empresariales, no cabe hablar de identificación entre el sistema europeo y el modelo americano actualmente vigente. En Europa se mantiene una visión plural del Derecho *antitrust*, en consonancia con una concepción de competencia centrada, más en la importancia del desarrollo del proceso competitivo en sí, que en la obtención de un determinado resultado económico. A esta diferencia de enfoque entre competencia como mero instrumento para conseguir un determinado resultado: -maximización del bienestar, fin último, y único, del Derecho *antitrust*-, y competencia como proceso a cuyo desarrollo sin obstáculos se vinculan intereses económicos, pero también sociales y jurídicos, hay que añadir un rasgo peculiar del Derecho europeo: la política de la competencia europea incluye, entre sus funciones, la sanción de conductas de los agentes económicos que puedan obstaculizar el proceso de integración de mercados; sanción que,

generalmente, operará con independencia de las posibles eficiencias o beneficios económicos asociados a esas conductas.

CUARTA

El parámetro de restricción de la producción, pese a ser presentado en sus orígenes como políticamente neutro, responde a una concepción determinada sobre la sociedad, la economía y la política. Sustrato político que necesariamente ha de ser tenido en consideración a la hora de determinar la conveniencia o no de su importación a Europa. Este modelo no constituye –frente a lo defendido por sus impulsores– una respuesta universal a los problemas de configuración del ilícito competitivo, sino que descansa en una concepción determinada sobre el papel que al Estado compete en la ordenación de la actividad económica y sobre la capacidad del Derecho anticompetitivo de solventar los eventuales fallos de los mercados. La minimización del papel de los poderes públicos en la ordenación de la actividad económica se apoya en una serie de afirmaciones –en último término, presunciones– sobre el funcionamiento eficiente de los mercados libres y su capacidad autocurativa. La principal consecuencia de este modelo en la práctica es la concesión de una libertad de actuación enorme a las grandes empresas. Su mayor peligro es una protección excesiva de las compañías ya instaladas y la denegación del acceso a los mismos de nuevas empresas. Obstaculización de renovación de los mercados, que repercute, a medio o largo plazo, en una lesión de los intereses de los consumidores.

QUINTA

Un modelo centrado en la tutela del proceso competitivo tampoco está exento de inconvenientes. El riesgo principal lo constituye la posibilidad de que, un excesivo celo en la persecución de conductas excluyentes, es decir, que conducen a la eliminación de la competencia actual o dificultan el acceso a los mercados de competidores potenciales, conduzca a la condena de prácticas eficientes y acabe perjudicando a los consumidores. Este peligro surge porque la lesión de los intereses de los

competidores puede obedecer a uno de los dos siguientes escenarios. En primer lugar, puede ser fruto de la actuación injustificada –alejada de la competencia sobre la base de los méritos empresariales-, de empresas en una especial situación de poder económico en el mercado. Ahora bien, como hemos indicado anteriormente, la sustitución de unas empresas por otras constituye la propia esencia del libre mercado. La exclusión de los competidores, puede ser, simplemente, resultado de la superior eficiencia de una empresa, manifestada en la oferta de superiores productos o servicios o de mejores condiciones de transacción. La dificultad de distinguir, en la práctica, entre uno u otro tipo de conducta, constituye el principal reto que tiene que afrontar un sistema, que como el europeo, protege la existencia de mercados abiertos. Para ello, consideramos preciso, un reparto equitativo de la carga de la prueba entre las partes afectadas (autoridades de la competencia y empresas) y un análisis sólido y riguroso en el que se ponderen los efectos económicos inmediatos y reales de una conducta con sus efectos hipotéticos o futuros. La prueba de la anticompetitividad de una conducta ha de venir precedida de una delimitación y análisis de los mercados afectados y debe apoyarse en la existencia de efectos distorsionadores de la competencia evidentes y sustanciales. Del mismo modo, a las empresas afectadas ha de concedérseles la oportunidad real de justificar su conducta, de demostrar que los eventuales efectos excluyentes de la misma tienen una causa legítima, de tal forma que cualquier efecto anticompetitivo asociado a la práctica examinada puede ser debidamente compensado en atención a los beneficios procompetitivos que de ésta igualmente se derivan.

SEXTA

Los contratos vinculados pueden ser caracterizados como acuerdos en los que se hace depender la venta de un producto principal de la adquisición necesaria de un segundo producto (producto vinculado). El primer elemento estructural de esta conducta, lo constituye, por tanto, la existencia de dos productos diferenciados. Ahora bien, la mera separación física o posibilidad de descomposición en diversos componentes no constituye un criterio adecuado para apreciar la existencia de productos

diversos a efectos de caracterización de la figura, ya que su adopción conduciría a una extensión del enjuiciamiento antimonopolio a la mayoría de las transacciones empresariales. El recurso a los textos legales en la búsqueda de una regla válida de diferenciación de productos es prácticamente estéril. En el caso europeo, debido a la redacción poco afortunada de los artículos 81 y 82 del Tratado, que en una interpretación literal limitaría el alcance de la prohibición a los casos en los que no existiera el más mínimo vínculo funcional entre los productos o servicios objeto del contrato. Las dificultades en el caso estadounidense resultan, por el contrario, de la generalidad de los términos en los que viene redactada la prohibición, que impide deducir de los mismos un criterio útil de diferenciación de productos, y de la inexistencia de una línea jurisprudencial uniforme y definida al respecto. Ausencia que obedece a la temprana sujeción de las prácticas de vinculación a una prohibición *per se*. El temor de sufrir los rigores de la prohibición sin posibilidad de evaluación de los efectos reales de la conducta sobre la competencia ha conducido, en numerosas ocasiones, a una confusión entre criterios de delimitación de la conducta y criterios de valoración, orientándose el análisis de los productos implicados, no a la identificación del tipo, sino a la valoración global de sus efectos económicos y competitivos.

SÉPTIMA

La determinación de una regla de diferenciación entre productos obliga a indagar en la *ratio* última de la prohibición de los contratos vinculados, que no se encuentra en la sanción de conductas eficientes, sino en evitar que empresas en situación de poder económico en un determinado mercado puedan utilizar estas prácticas para falsear la competencia en un mercado diverso. En consecuencia, la constatación de la existencia de mercados diversos para cada uno de los productos o servicios objeto de una transacción empresarial permite deducir la suficiente autonomía entre ellos como para hablar de productos diferenciados a efectos de confirmar la presencia de una práctica de vinculación. El criterio de los mercados diversos resulta además coherente desde un punto de vista económico. La inexistencia de mercados distintos permite deducir que resulta más eficiente –desde la doble perspectiva de eficiencia en la asignación y en la

producción- la venta conjunta que la negociación individualizada de cada uno de los componentes integrantes de un paquete.

La valoración de los mercados implicados exige, en la práctica, el examen de las condiciones de demanda y oferta del producto vinculado. Estaremos ante dos productos diversos siempre que exista demanda suficiente para la adquisición del producto vinculado independientemente del producto principal. El juicio de los consumidores puede ser conocido de forma directa, mediante la consulta a los destinatarios de los productos o servicios ofertados o, ser deducido indirectamente de la estructura de la oferta del producto vinculado.

OCTAVA

Otros criterios, como el examen de la conducta pasada de la empresa demandada o la valoración del grado de fungibilidad entre los productos, pueden ser utilizados para reforzar o matizar las conclusiones que se deriven de la aplicación del test de la demanda, si bien, en ningún caso, deben utilizarse como parámetros exclusivos de determinación de los productos implicados a efectos de constatar la existencia de una práctica de vinculación. Las justificaciones empresariales a la conducta concreta tampoco resultan adecuadas, sin perjuicio de que hayan de ser valoradas en un momento posterior del análisis.

NOVENA

En el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, la identificación de las prestaciones implicadas se ha revelado especialmente problemática, debido fundamentalmente a la naturaleza inmaterial de los bienes que la conforman. Así, se ha planteado doctrinal y judicialmente la posibilidad de considerar que la marca constituye un producto diverso de los bienes o servicios que contraseña. A efectos de apreciar la existencia de una práctica de vinculación, la marca es difícilmente dissociable de los bienes o servicios que identifica, por lo que, sólo en circunstancias

excepcionales, como en los casos de contratos de *merchandising* sobre marcas, cabría apreciar la existencia de productos diversos y, por tanto, de una práctica de vinculación, siendo el resto de los supuestos más apropiadamente subsumibles dentro de la categoría de obligaciones de compra o aprovisionamiento exclusivo.

Por lo que respecta a las franquicias, el análisis destinado a la individualización de eventuales cláusulas de vinculación tiene que partir, necesariamente, del objeto complejo de este tipo de contratos, que radica en la transmisión de una fórmula o modelo de negocios empresarial. Ello determina que todo aquello que pueda considerarse un elemento esencial de ese modelo de empresa, no deba ser considerado un producto o prestación vinculada, sino un mero componente de un único producto –el modelo empresarial transmitido-. Por el contrario, lo que exceda de esa fórmula puede considerarse una prestación diversa y, consiguientemente, su inclusión en el contrato de franquicia, conformar los requisitos de caracterización de las prácticas de vinculación.

DÉCIMA

Los contratos vinculados exigen –como de su propia denominación se deduce- no sólo la presencia de dos productos o servicios diferenciados, sino además la existencia de un especial vínculo de unión o ligamen entre ellos. Los productos tienen que estar atados, su oferta ha de llevarse a cabo de forma conjunta e inescindible, de manera que la adquisición de uno de ellos requiera necesariamente la adquisición del otro. El cumplimiento de este requisito debe examinarse únicamente desde la perspectiva de la oferta, resultando del todo indiferente la actitud anímica del comprador frente a la transacción propuesta. En consecuencia, existirá una práctica de vinculación cuando el vendedor haya estructurado una venta bajo condición, es decir, cuando no ofrezca una opción de adquisición del producto principal sin el producto vinculado, y ello con independencia del tipo de recepción, hostil o favorable, que esta conducta suscite en el destinatario de la misma.

La unión o atadura entre los productos puede arbitrarse de forma muy diversa, pudiendo ser distinguidos al efecto dos grandes grupos. La vinculación puede arbitrarse de forma explícita, bien mediante la inclusión de una cláusula contractual expresa en la que se contenga la obligación del comprador de adquirir necesariamente el producto vinculado, o bien mediante la oferta de los productos únicamente de forma conjunta, como partes integrantes de un paquete de precio único. En la práctica, son más frecuentes los casos de vinculación tácita o deducible de los hechos. La empresa puede recurrir a una serie de prácticas que, bien mediante la promesa de incentivos o ventajas de naturaleza económica o bien, por el contrario, a través de determinadas medidas de presión o coacción, pueden operar como elementos condicionantes de la voluntad del comprador, empujándole a la adquisición del producto vinculado. Así mismo, determinadas cláusulas contractuales que dejan los requisitos necesarios para la adquisición del producto vinculado a la entera discrecionalidad de la empresa pueden conducir a que el comprador, quién, aparentemente, goza de un margen de libertad respecto a la adquisición de este producto, no tenga más remedio en la práctica que adquirirlo de la empresa que ofrece el bien principal. Dentro de este grupo es posible incluir, a su vez, los casos de vinculación tecnológica, en los que la unión o atadura se deriva de la propia configuración física de los productos.

UNDÉCIMA

La política *antitrust* en materia de vinculación ha ido progresivamente evolucionando, tanto en el ámbito estadounidense como en el europeo –si bien de forma especialmente acusada en el primer caso- desde posturas abiertamente hostiles, manifestadas en la condena prácticamente automática de estas prácticas, hacia actitudes más cautas, que reconocen la complejidad y ambigüedad competitiva de esta conducta y, alejándose de condenas *ab initio*, demandan la ponderación de sus eventuales efectos pro y anticompetitivos en el marco de un examen individualizado. Este cambio de orientación obedece a la progresiva redefinición de los objetivos perseguidos por el Derecho de la competencia, manifestada en la pérdida paulatina de relevancia –o, incluso, en la eliminación expresa- como intereses dignos de tutela de la justicia o lealtad en las transacciones

comerciales, la libertad de opción de los consumidores o la protección de la pequeña empresa, y en el consenso sobre la necesidad de valorar los efectos reales de las prácticas empresariales sobre las condiciones (estructura y resultado) de los mercados antes de concluir sobre su anticompetitividad.

DUODÉCIMA

El examen de la potencialidad lesiva de la competencia de las prácticas de vinculación exige, necesariamente, la toma en consideración del impacto de la conducta en los dos mercados implicados: mercado del producto vinculado y mercado del producto principal. La distinción entre prácticas que dan lugar a la creación de nuevo poder de mercado y conductas que, simplemente, facilitan el mejor aprovechamiento del poder ya existente, a efectos de fijación de un criterio de salvaguarda, es arbitraria y, en cualquier caso, al menos en el ámbito europeo, irrelevante.

DECIMOTERCERA

La valoración de los efectos de los contratos vinculados ha estado tradicionalmente articulada en torno a la teoría de la palanca o *leverage*, con arreglo a la cual una empresa puede servirse del poder económico que posee en un mercado determinado para obtener una ventaja competitiva en un segundo mercado. El *leverage*, así definido, permite cubrir todos aquellos supuestos en los que, a través de la cláusula de vinculación, se afecte al desarrollo de la competencia en el mercado del producto vinculado. Afectación que puede tener menor o mayor intensidad, englobando, desde un mero falseamiento de la competencia sobre la base de los méritos empresariales –con independencia de que se modifique la estructura o el funcionamiento del mercado del producto vinculado–, a la alteración de la estructura competitiva de éste, mediante la exclusión de competidores actuales o la erección de barreras de entrada que impidan u obstaculicen el desarrollo de la competencia potencial o, incluso, en su manifestación más intensa, la creación inmediata de posiciones de poder de mercado que se traduzcan en la fijación de precios supracompetitivos. Efectos todos ellos que han estado presentes, en mayor o menor medida, en el juicio de

valoración de la conformidad de las prácticas de vinculación con el Derecho de la libre competencia.

DECIMOCUARTA

Actualmente, el mero falseamiento de la competencia sobre la base de los méritos empresariales y la reducción de la libertad de elección de los consumidores no constituyen en sí mismos, prueba suficiente del carácter anticompetitivo de las prácticas de vinculación. La existencia de un efecto restrictivo exige además un impacto significativo en las condiciones –ya sea en los resultados o en la estructura- del mercado del producto vinculado.

DECIMOQUINTA

Los contratos vinculados pueden facilitar la extensión de posiciones de poder económico del mercado del producto principal al mercado del producto vinculado, incidiendo negativamente en los niveles de producción o precios en ese segundo mercado. El funcionamiento del *leverage* en su visión más restrictiva fue duramente cuestionado por los miembros de la Escuela de Chicago quiénes, desde teorías como el argumento de la suma fija, rechazan que a través de estas conductas pueda conseguirse un doble beneficio monopolístico. La relajación de determinadas presunciones utilizadas por Chicago en sus modelos, tanto sobre la relación existente entre los productos como sobre la capacidad autocorrectora de los mercados, unida a la introducción de un enfoque dinámico que examina las posibles repercusiones de una conducta en el medio o largo plazo, permite identificar determinados escenarios en los que los contratos vinculados pueden ser utilizados por una empresa con poder en el mercado del producto principal para elevar los precios por encima de los niveles competitivos en un segundo mercado. En este sentido, el riesgo de lesiones a la competencia es mayor en los casos en los que existan posiciones de poder en todos los mercados implicados, relaciones de complementariedad o de sustituibilidad parcial entre los bienes vinculante y vinculado, costes marginales nulos o reducidos o deficiencias en la información.

DECIMOSÉXTA

La configuración europea del ilícito competitivo es más amplia que la estadounidense ya que, dentro del mismo, encuentran cabida tanto conductas empresariales que se traducen de forma inmediata en un poder de condicionamiento de los precios, como conductas cuyo principal efecto se manifiesta en la estructura de los mercados, mediante la exclusión de los competidores actuales de cuotas significativas o la erección de barreras de entrada que dificultan el desarrollo de una competencia potencial. Por tanto, la anticompetitividad de una práctica de vinculación puede resultar de su capacidad excluyente. Ahora bien, no todo daño a los intereses de los competidores puede ser identificado con una lesión de la competencia. Es preciso que esa exclusión sea significativa e injustificada. La prueba de la relevancia de la exclusión compete a la parte demandante, la justificación a la empresa demandada. En el ámbito europeo, no opera la presunción, extendida en EE.UU., de eficiencia de conductas empresariales de efecto excluyente carentes de un impacto directo en los intereses de los consumidores. Si bien se reconoce que el efecto excluyente de una práctica empresarial puede obedecer, tanto a una estrategia de monopolización como a los superiores méritos de la empresa, la presunción opera a favor de la primera de las opciones. Presunción que podrá ser rebatida por la empresa afectada, a la que se desplaza la carga de demostrar la existencia de justificaciones legítimas a su conducta. Ahora bien, esta presunción de anticompetitividad opera siempre y cuando el efecto excluyente sea significativo. Significación o entidad de ese efecto, cuya prueba exige, en primer lugar, la delimitación rigurosa de los mercados afectados y la ponderación necesaria de una serie de factores, tales como cuotas de mercado absolutas y relativas, existencia de cláusulas de exclusividad, grado de madurez de los mercados, presencia de barreras de entrada, etc. Circunstancias todas ellas orientadas a garantizar que el cierre de los mercados o la introducción de obstáculos a su libre funcionamiento, puede acabar desembocando en una lesión de los intereses de los consumidores, al facilitar la consolidación de posiciones de dominio o impedir el desarrollo de una competencia dinámica y de un clima proclive a la innovación y al desarrollo.

DECIMOSÉPTIMA

El recurso a las prácticas de vinculación puede constituir una estrategia empresarial orientada a la preservación o mejor aprovechamiento del poder económico existente.

En este sentido, los contratos vinculados pueden ser utilizados como instrumento de eliminación de la competencia potencial en el mercado del producto principal, posibilitando a la empresa el atrincheramiento en su posición de dominio. La exclusión de competidores del mercado del producto vinculado puede reducir la posibilidad de entrada en el mercado del producto principal, protegiendo así la posición de la empresa dominante. Esto es así cuando el producto vinculado puede ser utilizado para superar barreras de entrada en el mercado del bien monopolizado, es decir, si el producto vinculado puede considerarse como competidor potencial del producto principal, escenario especialmente plausible en el supuesto de que exista una relación de complementariedad entre los productos.

DECIMOCTAVA

La vinculación entre productos complementarios utilizados en proporciones variables constituye, igualmente, un instrumento especialmente eficaz de articulación de una política de precios discriminatoria en función de la diversa valoración que cada cliente realiza del bien o servicio principal. De forma similar, la oferta de diversos productos sujetos a valoraciones diversas, como partes integrantes de un único paquete, permite a la empresa homogeneizar las preferencias de los consumidores e incrementar sus beneficios respecto de los que resultarían de una oferta individualizada de los distintos productos.

La valoración de la vinculación, en estas situaciones, ha de llevarse a cabo en aplicación de la política general en materia de prácticas discriminatorias. La inexistencia de un consenso –desde el punto de vista de la teoría económica- sobre los efectos de la discriminación de precios,

imposibilita el ofrecimiento de reglas o respuestas generales y exige la necesaria remisión a las circunstancias particulares del caso concreto. Ahora bien, aunque la trascendencia de la conducta en el mercado del producto vinculado generalmente no tendrá gran entidad en estos supuestos, no hay que olvidar que los contratos vinculados poseen un potencial anticompetitivo que justifica, en nuestra opinión, una actitud de, al menos, cierto recelo, cuando constituyen el instrumento a través del que se posibilita la concreción en la práctica de una política discriminatoria de efectos ambiguos sobre la competencia.

DECIMONOVENA

Cuando la imposición de una práctica de vinculación no es resultado de la decisión unilateral de una empresa, sino fruto del acuerdo entre dos o más empresas competidoras, la finalidad perseguida con la misma, especialmente si va acompañada de cláusulas de alineación, puede ser la detección de posibles desvíos de un cártel de fijación de precios o de cualquier otro acuerdo de cooperación anticompetitiva en el mercado del mercado del producto principal. La valoración de los contratos vinculados como prácticas facilitadoras del éxito de esquemas de coordinación anticompetitiva es compleja, dado que su principal peligro es su tendencia anticompetitiva en atención a las particulares circunstancias o caracteres de un mercado más que una anticompetitividad sustancial a las mismas.

VIGÉSIMA

Finalmente, la vinculación, al concretarse en la fijación de un precio unitario para un paquete de productos, permite a la empresa manipular los precios reales asignados a cada uno de ellos, camuflándolos en la suma del paquete o combinación de productos, facilitando el fraude de normas fiscales o la burla de restricciones en la fijación de los precios. En principio, en estas situaciones, el Derecho *antitrust* no constituye el instrumento de control más adecuado, resultando más conveniente la resolución de estos problemas desde otros sectores del ordenamiento jurídico, como la normativa fiscal, el Derecho del consumo o las propias normas de

reglamentación o intervención de precios en un sector industrial determinado.

VIGESIMOPRIMERA

Una vez demostrado que de una práctica de vinculación se derivan efectos anticompetitivos, la carga de la prueba se traslada a la empresa demandada a quien compete, bien intentar rebatir los argumentos sobre los que se apoyan las conclusiones sobre la anticompetitividad de la conducta, bien demostrar la existencia, junto a los efectos restrictivos, de efectos beneficiosos o positivos que, en un balance global, permiten compensar los primeros. Esta segunda fase del análisis se ha revelado especialmente problemática para la empresa acusada de vinculación ilegal o anticompetitiva ya que, cualquier intento de justificación de la conducta ha de superar el listón impuesto por el principio de proporcionalidad. No bastaría, por tanto, con ofrecer un objetivo legítimo, es necesario demostrar que el mismo no puede ser conseguido mediante otras alternativas menos restrictivas de la competencia. En el caso de los contratos vinculados, el principal obstáculo a la justificación de la conducta lo ha constituido, tradicionalmente, no la falta de legitimidad de las defensas alegadas, sino la existencia de otras opciones para conseguir esas mismas finalidades, susceptibles de causar un menor deterioro a la competencia en los mercados.

Dificultad que no significa, necesariamente, imposibilidad de justificación de la conducta. Existen escenarios en los que los pretendidos beneficios de la conducta pueden considerarse suficientemente relevantes como para compensar eventuales restricciones de la competencia. La necesidad de protección de la reputación empresarial, por ejemplo, adquiere importancia en los casos de existencia de una imagen de marca o de industrias emergentes, cuya consolidación y desarrollo podrían verse comprometidos si los productos fueran utilizados con complementos, o sujetos a servicios de asistencia o reparación, inadecuados. Del mismo modo, es conveniente una actitud receptiva a alegaciones de eficiencia –ya se trate de un ahorro de costes en la producción o distribución de los productos o una mejora cualitativa-, en el caso de productos nuevos y

complejos, por ejemplo, en mercados de alta tecnología, en los que los consumidores pueden no apreciar automáticamente las eficiencias derivadas de la integración y mantener una demanda diferenciada para cada componente; eso sí, siempre y cuando, la oferta independiente o el recurso a prácticas menos restrictivas, como el *mixed-bundling* resulte demasiado costoso o, de otra forma, poco factible.

VIGESIMOSEGUNDA

Una política sólida frente a las prácticas de vinculación desde el Derecho de la competencia, exige sinceridad y coherencia. Sinceridad para identificar los valores o intereses últimos protegidos a través de esta rama del ordenamiento jurídico –que, insistimos, pueden variar a lo largo del tiempo y en cada sistema jurídico-, y determinar así las circunstancias en las que los contratos vinculados pueden atentar contra ellos. Coherencia en la realización del juicio de competitividad, de forma que éste se adecue a los valores identificados. Así, por ejemplo, si se concluyera sobre el carácter eminentemente económico de los intereses tutelados, es preciso, en aras, precisamente, de esta coherencia, un análisis riguroso, desde el punto de vista económico, sobre los efectos de la conducta. Si el concepto de daño a la competencia posee una naturaleza, o al menos, algunas facetas económicas, resulta lógico –e imprescindible- la utilización de criterios económicos para determinar su concreción o no en la práctica.

PRINCIPALES ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
ABLJ	American Business Law Journal
ADC	Anuario de Derecho Civil
ad.ex.	<i>ad exemplum</i> , por ejemplo
ADI	Actas de Derecho Industrial
ALJ	Antitrust Law Journal
Am.Econ.Rev.	American Economic Review
Ant. Bull.	Antitrust Bulletin
art.	Artículo
BULR	Buffalo University Law Review
Cal.L.Rev.	California Law Review
CMLR	Common Market Law Review
Col.L.Rev	Columbia Law Review
CPNL	Competition Policy Newsletter
Dir.comm. e degli scambi int.	Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
D.O.	Diario Oficial
DOJ	Department of Justice
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECLR	European Competition Law Review
ELR	European Law Review
FTC	Federal Trade Commission
Geo. Mason. L. Rev.	George Mason Law Review
Geo.Wash.L.Rev.	George Washington University Law Review
GJC	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
Giurisp. Comm.	Giurisprudenza Commerciale
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
HHI	Herfindahl- Hirschman Index
J.Indu.Econ.	Journal of Industrial Economics
Journal of Law&Econ	Journal of Law and Economics

<i>Law & Contemp. Prob.</i>	Law and Contemporary Problems
NAAG	National Association of Attorneys General
Northwestern ULR	Northwestern University Law Review
NYULR	New York University Law Review
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RGD	Revista General de Derecho
Riv.dir.ind.	Rivista di Diritto industriale
Riv.dir.privato	Rivista di Diritto privato
Riv. It. Dir. Pub. Comm.	Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario
RMC	Revue du Marché Común
RPA	Robinson Patman Act
RTDE	Revue Trimestrelle de Droit Européen
S.Cal.L.Rev.	South California Law Review
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
Económica	
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
U.Pa.L.R.	University of Pennsylvania Law Review
Vand.Law Journal	Vandervilt Law Journal
Vid.	<i>vide</i> , véase
v.	<i>versus</i>
YEL	Yearbook of European Law

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: antitrust in the digital market place*, Kluwer Academic, 1999.
- AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, coord. VELASCO SAN PEDRO, Valladolid, 2005.
- AA.VV.: *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*, Barcelona, 2002.
- AA.VV.: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, ed. CUCINOTTA/PARDOLESI/VAN DER BERGH, Cheltenham-Northampton, 2002
- AA.VV.: *The Political Economy of the Sherman Act. The First One Hundred Years*, ed. SULLIVAN, Nueva York, 1991.
- AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, dir. BENEYTO, coord. MAILLO, Barcelona, 2005.
- AA.VV.: *Estudios de Derecho de la competencia*, coords. FONT GALÁN/PINO ABAD, Madrid-Barcelona, 2005.
- ADELMAN: "Integration and Antitrust Policy", 63, *Harvard Law Review*, 1949, pp. 27 y ss.
- ADRIÁN ARNÁIZ/QUIJANO GONZÁLEZ: "Procedimiento de aplicación de las reglas sobre competencia de los artículos 81 y 82 del Tratado CE", en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, coord. VELASCO SAN PEDRO, Valladolid, 2005, pp. 361 y ss.
- AHDAR: "Consumers, Redistribution of Income and the Purpose of Competition Law", 1, *ECLR*, 2002, pp. 341 y ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL: "Competencia desleal por infracción de normas", 202 *RDM*, 1991, pp.667 y ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL: "La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia", 253, *Indret*, 2004 en www.indret.com
- ALFARO ÁGUILA-REAL: "Los costes de transacción" en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Tomo I*, Madrid, 1996, pp. 129 y ss.
- ALONSO UREBA: "La competencia", *RDM*, nº 161-162, 1981, pp. 523 y ss.
- ARAGÓN: "Constitución económica y libertad de empresa", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Tomo I*, Madrid, 1996.
- AREEDA: "Antitrust Violations Without Damage Recoveries", 89 *Harv.L.Rev.* 1976, pp. 1127 y ss.
- AREEDA: "The rule of reason –A catechism on competition", 55, *ALJ*, 1986, pp. 571 y ss.
- AREEDA: *Antitrust Analysis*, Boston, 1974
- ARMENTANO: "Time to repeal antitrust regulation?", 35, *Ant. Bull.*, 1990, pp.311 y ss.

- ARRUÑADA: “Economía y derecho en la nueva política comunitaria de competencia” en AA.VV.: *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia*, Barcelona, 2002, pp. 51 y ss.
- ART/McCURDY: “The European Commission’s Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure”, 11, *ECLR*, 2004, pp. 694 y ss.
- AUSTIN: “The Individual Coercion Doctrine in Antitrust Analysis: Confusing and Irrelevant”, 65, *California Law Review*, 1977, pp.1143 y ss.
- BAKER/BLUMENTHAL: “Ideological cycles and unstable antitrust rules”, 31, *Ant.Bull.* 1986, pp.323 y ss.
- BAKER: “Another Look at Franchise Tie-Ins after Texaco and Fortner”, 14, *Ant.Bull.*, 1969, pp. 767 y ss.
- BAKER: “Recent Developments in Economics that challenge Chicago School Views”, 58, *ALJ*, 1989, pp. 645 y ss.
- BAKER: “The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: cutting the Gordian knot”, 66, *Vanderbilt Law Review*, 1980, pp. 1268 y ss.
- BALDWIN/McFARLAND: “Tying Arrangements in Law and Economics”, 8, *Ant.Bull.*, 1963, pp.768 y ss.
- BALTO/NAGATA: “Proof of competitive effects in monopolization cases: a response to Prof.Muris”, 68, *ALJ*, 2000, pp. 309 y ss.
- BAUER: “A simplified Approach to Tying Arrangements: A Legal and Economic Analysis”, 33, *Vand.Law Journal*, 1980, pp. 283 y ss.
- BAYS: “Balancing the benefits and costs of the tying prohibition”, 28 *ABLJ*, 1990-1991, pp.161 y ss.
- BAYS: “Tying arrangements should be per se legal”, 26, *ABLJ*, 1988, pp. 625 y ss.
- BELLAMY/CHILD: *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Barcelona, 1991
- BELLAMY/CHILD: *European Community Law of Competition*, Londres, 2001.
- BELLO MARTÍN CRESPO: *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Pamplona, 1997.
- BERCOVITZ: “La formación del derecho de la competencia”, 2, *ADI*, 1975, pp. 61 y ss.
- BISHOP/WALKER: *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, 2002.
- BISHOP: “Microsoft sotto processo”, *Mercato, Concorrenza, Regole*, a.I, n. I, 1999.
- BLAIR/KASERMAN: “Vertical Integration, Tying and Alternative Vertical Control Mechanisms”, 3, *Conneticut Law Review*, 1988, pp. 523 y ss.
- BLAKE/JONES: “In defense of antitrust”, 65, *Col.L.Rev.*, 1965, pp. 377 y ss.
- BLAKE/JONES: “Toward a three dimensional antitrust policy”, 65, *Col.L.Rev.*, 1965, pp. 433 y ss.
- BORK/BOWMAN: “The crisis in antitrust”, 65, *Col.L.Rev.*, 1965, pp. 363 y ss.

- BORK: "Contrasts in Antitrust Theory: I", Col.L. Rev., 1965, pp. 401 y ss.
- BORK: "Legislative Intent and the policy of the Sherman Act", 9, Journal of Law and Economics, 1966, pp. 7 y ss.
- BORK: "The role of the courts in applying economics", ALJ, 1985, pp. 21 y ss.
- BORK: "Vertical Integration and the Sherman Act: the legal history of an economic misconception", 22, University of Chicago Law Review, 1957, pp. 157 y ss.
- BORK: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, New York, 1993
- BORSCHETTE, "Les controles européens des concentrations", 168, RMC, 1.973, pp.
- BOWMAN: "Tying arrangements and the leverage problem", 67, Yale Law Journal, 1957, pp.19 y ss.
- BRIGGS/ROSENBLAT: "GE/Honeywell: a response to Kolasky & Greenfield", 10, George Mason Law Review, 2002, pp. 459 y ss.
- BURNSIDE: "GE, Honey, I suck the Merger", 2, ECLR, 2002, pp. 107 y ss.
- BURRUS: "Tying arrangements and reciprocity: a lawyer's comment on Professor Ferguson's analysis", 30, Law and Contemporary Problems, 1965, pp. 581 y ss.
- BURSTEIN: "A Theory of Full-line Forcing", 55, Northwestern ULR, 1960, pp. 62 y ss.
- BURSTEIN: "The economics of tie-in sales", 42, Review of Economics and Statistics, 1960, pp. 373 y ss.
- BUSSANI/CENDON: *I contratti nuovi: casi e materiali di dottrina e giurisprudenza, leasing, factoring, franchising*, Milán, 1990.
- BUTLER/LANE/PHILIPS: "The Futility of Antitrust attacks on tie-in sales: an economic and legal analysis", 36, Hasting Law Journal, 1984, pp. 173 y ss.
- CALVO CARAVACA/ GOÑI URRIZA: *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid, 1999.
- CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003.
- CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: "Política y derecho de la competencia en la CEE: una aproximación", RGD, 1993, pp. 3379 y ss.
- CARBAJO/MEZA/SEIDMANN: "A Stratetgic Motivation for Commodity Bundling", 38, J.Indu.Econ., 1990, pp. 283 y ss.
- CARLTON/WALDMAN: "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries", Working Paper 6831 en <http://www.nber.org/papers/w6831>
- CARTENSEN: "Remedying the Microsoft Monopoly: Monopoly Law: the Right of Buyers and the Enclosure Movement in Intellectual Property", XLVI, Ant. Bull. 1999, pp. 577 y ss.

- CASADO CERVIÑO: “Relieve del control en la licencia de marca”, 9, *ADI*, 1983, pp. 125 y ss.
- CELNICKER: “A response to Carson W. Bays’s call for per se legality of tying arrangements”, 28, *ABLJ*, 1990-1991, pp. 144 y ss.
- CERRAI: *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*, Milán, 1983.
- COLLINS: “Efficiency and Equity in Vertical Competition Law: balancing the tensions in the EEC and the United States”, *Antitrust and Trade Policy of the European Community, Ford.Corp.L.Inst.*, 1983, pp. 501 y ss.
- COUTO GONÇALVES: “*Merchandising de marcas*”, 20, *ADI*, 1999, pp. 95 y ss.
- CRASWELL: “Tying requirements in competitive markets: the consumer protection issues”, 62, 3, *BULR*, 1982, pp. 661 y ss.
- CUCINOTTA: “Il caso Kodak. L’ antitrust del dopo Chicago?”, *Foro italiano*, 1992, pp. 83 y ss.
- CUCINOTTA: “Il regime monopolistico delle tying clauses”, *Riv.dir.privato*, n°1, 1993, pp. 71 y ss.
- CUMMINGS/RUTHER: “The Northern Pacific case”, 22, *Journal of Law&Econ.*, 1979, pp. 951 y ss.
- DECHERY: “Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations”, *RTDE*, núm. 26, 1990, pp. 307 y ss.
- DEMSETZ: “Barriers to entry”, 72, *American Economic Review*, 1982, pp. 47 y ss.
- DEMSETZ: *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Madrid, 1986.
- DENOZZA: “Chicago, l’ eficiencia e il diritto antitrust”, *Giurisp. Comm.* XV, 1988.
- DESAI: “Limitations on the Use of Economic Analysis in E.C. Competition Law Proceedings –Part.1”, 10, *ECLR*, 2002, pp. 524 y ss.
- DEWEY: “The economic theory of antitrust: science or religion?”, 50, *Virginia Law Review*, 1964, pp. 413 y ss.
- DEYON: *Il Mercantilismo*, Milán, 1971
- DI PIETRO, A., “La revisione del regolamento CEE n. 4064 del 21 dicembre 1.989 sul controllo delle operazioni di concentración nelle proposte degli organi comunitari”, *Riv. It. Dir. Pub. Comm.* , vol. 7.2, 1.997, pp. 503 y ss.
- DIÉZ ESTELLA: “La doctrina del abuso en los mercados conexos: del “monopoly leveraging” a las “essential facilities””, 248, *RDM*, 2003, pp. 555 y ss.
- DIÉZ ESTELLA: “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal”, *GJC*, 2002, n°219, pp.11 y ss.

- DIÉZ ESTELLA: “Los acuerdos de transferencia de tecnología y el nuevo Reglamento de exención por categorías”, *Derecho de la Competencia europeo y español*, ed. Dykinson, volumen VI, 2004, pp. 167 y ss.
- DIÉZ ESTELLA: “Los objetivos del derecho antitrust”, GJC, n° 224, 2003, pp. 32 y ss.
- DIÉZ ESTELLA: *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Madrid, 2003.
- DIRECTOR/LEVI: “Law and the future: Trade regulation”, 51, *Northwestern University Law Review*, 1956, pp. 281 y ss.
- DRAUZ: “Conglomerate and vertical mergers in the light of the Tetra Judgement”, 2, *CPNL*, 2005, pp. 35 y ss.
- DRAUZ: “Unbundling GE/HONEYWELL: The Assesment of conglomerate mergers under EC Competition Law”, *International Antitrust Law& Policy, Ford.Corp. L. Inst.*, 2001, pp. 183 y ss.
- DUQUE DOMÍNGUEZ: “Constitución económica y Derecho mercantil” en AA.VV.: *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979.
- DUQUE DOMÍNGUEZ: “El régimen de las concentraciones de empresas en el ordenamiento de la Unión Europea” en *La integración económica europea*, Valladolid, 1996.
- DUQUE DOMÍNGUEZ: “El régimen de las concentraciones de empresas en la CEE”, *Castilla y León en Europa*, núm. 12, 1988.
- EAGCP (The Economic Advisory Group for Competition Policy): “An economic approach to Article 82”, coord. Patrick REY, 2005, disponible en: <http://www.europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/#UDIES>.
- EASTERBROOK: “Is there a Ratchet in Antitrust Law?”, 60, *Texas Law Review*, 1982, pp. 705 y ss.
- EASTERBROOK: “On identifying exclusionary conduct”, *Notre Dame Law Review*, 1986, pp. 972 y ss.
- EASTERBROOK: “The limits of antitrust”, 63, *Texas Law Review*, 1984, pp. 1 y ss.
- EASTERBROOK: “Vertical Arrangements and the Rule of Reason”, 53, *ALJ*, 1984, pp. 135 y ss.
- EASTERBROOK: “Workable antitrust policy”, 84, *Michigan Law Review*, 1986, pp. 1969 y ss.
- ECHEBARRÍA SÁENZ: “Acuerdos verticales”, en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, coord. VELASCO SAN PEDRO, Valladolid, 2005, pp. 105 y ss.
- ECHEBARRÍA SÁENZ: *El contrato de franquicia. Definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, 1995.
- EHLERMANN/LAUDATI: *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, Oxford, 1998

- EHLERMANN: “Managing Monopolies: the role of the State in controlling market dominance in the European Community”, ECLR 2/1993, pp. 61 y ss.
- EHLERMANN: “The contribution of EC competition policy to single market”; CMLR, núm. 29, I, 1992, pp. 257 y ss.
- EHLERMANN: “The Modernization of EC Antitrust policy: a legal and cultural revolution”, 37, CMLR, 2000, pp. 537 y ss.
- EILMANSBERGER: “How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anticompetitive abuses”, 42, CMLR, 2005, pp. 129 y ss.
- ELZINGA: “The goals of antitrust: other than competition and efficiency, what else counts?”, U.Pa.L.R., 1977, pp. 1191 y ss.
- EVANS/NICHOLS/SCHMALENSEE: “An analysis of the government’s economic case in *U.S. v. Microsoft*”, 46, Ant.Bull., 2001, pp. 163 y ss.
- EVANS/PADILLA/POLO: “Tying in Platform Software: Reason for a Rule-of-Reason Standard in European Competition Law”, 25, World Competition, 2002, pp. 509 y ss.
- EVANS/SALINGER: “Competition thinking at the European Commission: Lessons from the aborted GE/Honeywell merger”, 10, George Mason Law Review, 2002, pp. 489 y ss.
- EVANS: “Antitrust and the New Economy”, ALI-ABA Course of Study, *Antitrust Law in the 21st Century*, September 14-15, 2000, New York.
- FERGUSON: “Tying arrangements and reciprocity: an economic analysis”, 30, *Law and other contemporary problems*, 1965, pp. 552 y ss.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GOMÉZ ACEBO: “El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría”, RGD, 1993, pp. 10057 y ss.
- FERNÁNDEZ NOVOA: “Persiste la incertidumbre acerca del régimen aplicable a los tying arrangements”, 10, ADI, 1984-1985, pp. 571 y ss.
- FERNÁNDEZ NOVOA: “Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”, RDM, nº95, 1965, pp. 7 y ss.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA/COSTAS COMESAÑA: “Derecho de la competencia y propiedad industrial, comercial o intelectual”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, dir. BENEYTO, coord. MAILLO, Barcelona, 2005, pp. 513 y ss.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA: “La jurisprudencia norteamericana propugna una nueva concepción del franchising”, 7, ADI, 1981, pp. 495 y ss.
- FERNÁNDEZ-NOVOA: “Significado y delimitación del mercado relevante”, 6, ADI, 1979-1980, pp. 261 y ss.
- FERNÁNDEZ-NOVOA: “Un hito en la historia del derecho de la competencia: centenario de la Sherman Act”, ADI, tomo 13, 1989-1990, pp. 675 y ss.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA: *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Madrid, 1984

- FESTA: “*Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.: The Decline and Fall of the Chicago Empire?*”, 65, *Notre Dame Law Review*, 1993, pp. 619 y ss.
- FIKENTSCHER: “Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)”, *RDM*, nº 172-173, 1984, pp. 486 y ss.
- FIRST: “Antitrust Law” en AA.VV.: *Fundamentals of American Law*, ed. MORRISON, New York, 1999, pp. 433 y ss.
- FISHER/RUBINFELD: “U.S. v. Microsoft –an economic analysis”, 46, *Ant. Bull.*, 2001, pp. 1 y ss.
- FLICKER: “Newcomer Defenses: Reasonable Use of Tie-Ins, Franchises, Territorials and Exclusives”, 18, *Standford Law Review*, 1966, pp. 457 y ss.
- FLYNN: “Antitrust jurisprudence: a symposium on the economic, political and social goals of antitrust policy. Introduction”, *U. Pa. L.Rev.*, 1977, pp. 1182 y ss.
- FLYNN: “Legal reasoning, antitrust policy and social “science” of Economics”, 62, *Ant. Bull.*, 1988, pp. 713 y ss.
- FLYNN: “Reaganomics and antitrust enforcement: a jurisprudential critique”, *Utah Law Review*, 1983, pp. 269 y ss.
- FLYNN: “Rethinking Sherman Act Section 1 analysis: three proposals for reducing the chaos”, 49, *ALJ*, 1980, pp. 1593 y ss.
- FLYNN: “Standard Oil and Microsoft –intriguing parallels or limping analogies?”, 46, *Ant. Bull.*, 2001, pp. 645 y ss.
- FLYNN: “The Reagan administration’s antitrust policy: “original intent” and the legislative history of the Sherman Act”, 33, *Ant. Bull.* 1988, pp. 259 y ss.
- FONT GALÁN: “Notas sobre el modelo económico de la constitución española de 1978”, 152, *RDM*, 1979, pp. 205 y ss.
- FONT GALÁN: *Constitución económica y derecho de la competencia*, Madrid, 1987.
- FONT GALÁN/MIRANDA SERRANO: “Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales” en AA.VV.: *Estudios de Derecho de la competencia*, coords. FONT GALÁN/PINO ABAD, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 11 y ss.
- FOX/SULLIVAN: “Antitrust –Retrospective and Prospective: Where are we coming from?, Where are we going?”, 62, *NYULR*, 1987, pp. 936 y ss.
- FOX/SULLIVAN: *Cases and Materials on Antitrust*, St.Paul, Minn. 1989.
- FOX: “Abuse of Dominance and Monopolisation: How to protect competition without protecting competitors?”, en www.iue.it/RSCAS
- FOX: “Abuse of dominant position under the Treaty of Rome: a comparison with U.S. Law”, *Antitrust and Trade Policies of the European Community. Fordham Corp. L. Inst.*, 1983, pp. 367 y ss.
- FOX: “Antitrust in its second century: the phoenix rises from its ashes”, 31, *Ant. Bull.* 1986, pp. 383 y ss.

- FOX: “Consumers beware Chicago”, 84, *Michigan Law Review*, 1986, pp. 1714 y ss.
- FOX: “*Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.*- Information failure as soul or hook?”, 62, *ALJ*, 1993-1994, pp. 759 y ss.
- FOX: “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness”, *Notre Dame Law Review*, 1986, pp. 981 y ss.
- FOX: “The modernization of antitrust: a new equilibrium”, 66, *Cornell Law Review*, 1981, pp. 1140 y ss.
- FOX: “The New American Competition Policy –From Anti-trust to Pro-Efficiency”, *ECLR*, 1981, pp. 439 y ss.
- FOX: “The politics of Law and Economics in Judicial Decision making: Antitrust as a window”, 61, *NYULR*, 1986, pp. 554 y ss.
- FOX: “U.S. and European Merger Policy- fault lines and bridges mergers that create incentives for exclusionary practices”, 10, *Geo. Mason. L. Rev.*, 2002, pp. 471 y ss.
- FOX: “We protect Competition, You protect Competitors”, 26, *World Competition*, 2003, pp. 149 y ss.
- FOX: “What is harm to competition? Exclusionary Practices and anticompetitive effects”, 70, *ALJ*, 2002, pp. 370 y ss.
- FRIGANI/WAELBROECK: *Derecho Europeo de la Competencia*, Barcelona, 1998.
- FRIGNANI: “Contributo a una ricerca sui profili dogmatici del franchising, con particolare riferimento all’Italia” en *Nuovi Tipi Contrattuali, Quaderni Giurisprudenza Commerciale*, n°53, 1983, pp. 225 y ss.
- FUHR: “Competition in the terminal equipment market after *Carterfone*”, 28, *Ant. Bull.*, 1983, pp. 669 y ss.
- GALÁN CORONA: “Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, dir. BENEYTO, coord. MAILLO, Barcelona, 2005, pp. 173 y ss.
- GALGANO: *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1981.
- GARCÍA CACHAFEIRO: “El giro norteamericano del derecho *antitrust* comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la *Sherman Act*”, 256, *RDM*, 2005, pp. 597 y ss.
- GELLHORN/KOVACIC: *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, St.Paul, Minn. 1994
- GENNARO: “I profili concorrenziali del franchise tying: gli orientamento ammessi nell’ordinamento statunitense e nell’ordinamento comunitario”, 2, *Giur. Comm.*, 2000, pp. 235 y ss.
- GHEZZI: “La modernizzazione delle norme antitrust comunitarie”, 6, *Rivista delle Società*, 2000, pp. 1098 y ss.
- GHEZZI: “Verso un diritto antitrust comune?: Il proceso di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese”, 2-3, *Rivista delle Società*, 2002, pp. 499 y ss.

- GILBERT/KATZ: "An economist's Guide to *U.S. v. Microsoft*", 2, *Journal of Economic Perspectives*, 2001, pp. 25 y ss.
- GINER PARREÑO: "Contrato de franquicia y origen empresarial de las mercancías", 13, *Derecho de los Negocios*, 1991, pp. 1 y ss.
- GINER PARREÑO: *Distribución y libre competencia (el aprovisionamiento del distribuidor)*, Madrid, 1994.
- GIOCATOS/PETIT/GARNIER/DE LUYCK: "General Electric/Honeywell –An insight into the Commission's investigation and decisión", 3, CPNL, 2001, pp. 5 y ss.
- GIORDANO: "I tying arrangements nell'ultimo orientamento della Corte di Giustizia: ritorno al futuro?", *Foro Italiano*, 1996, pp. 215 y ss.
- GIRÓN TENA: *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Madrid, 1986.
- GOMÉZ-SEGADE: "Panorámica del derecho de la libre competencia en la CEE", 5, ADI, 1978, pp. 67 y ss.
- GONDER: *EC Competition Law*, New York, 2003
- GONDRA ROMERO: "¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?", 226, RDM, 1997, pp. 1545 y ss.
- GONDRA ROMERO: *Derecho Mercantil I. Introducción*, Madrid, 1992
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI: "El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación", *DOXA*, 1994, pp. 929 y ss.
- GORDON: *Antitrust Abuse in the New Economy. The Microsoft case*, Cheltenham, Reino Unido, 2002
- GRIMES: "Antitrust tie-in analysis after Kodak: a reply to Larson's comment", 63, ALJ, 1994-1995, pp. 266 y ss.
- GRIMES: "Antitrust tie-in analysis after Kodak: understanding the role of market imperfections", 62, ALJ, 1993-1994, pp. 263 y ss.
- GRIMES: "The antitrust tying law schism: a critique of Microsoft III and a response to Hilton and Salinger", 70, ALJ, 2002, pp. 199 y ss.
- GUTIÉRREZ/PADILLA: "Economía de la competencia", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, dir. BENEYTO, coord. MAILLO, Barcelona, 2005, pp. 1 y ss.
- HAWK: "La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne?", RTDE, 1989, pp. 9 y ss.
- HAWK: *United States, Common Market and International Antitrust. A Comparative Guide*, New Jersey, 1994
- HAY: "Is the glass half-empty or half-full? Reflections on the Kodak case", 62 ALJ, 1993, pp. 177 y ss.
- HERNANDO JIMÉNEZ: *El contrato de franquicia de empresa*, Madrid, 2000
- HERRERO SUÁREZ: "Control de la concentración empresarial", AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2005.
- HERRERO SUÁREZ: "El problema del oligopolio en el Derecho comunitario de la competencia", 23, ADI, 2002, pp. 113 y ss.

- HERRERO SUÁREZ: “Libre competencia y propiedad intelectual. Análisis comparativo entre el Derecho antitrust estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo”, *Derecho de la Competencia europeo y español*, ed. Dykinson, volumen VI, 2004, pp. 59 y ss.
- HILDEBRAND: “The European School in EC Competition Law”, 25, *World Competition*, 2002, pp. 3 y ss.
- HOFSTADTER: “What happened to the antitrust movement?”, en *The Paranoid Style in American Politics and other Essays*, 1965, artículo reproducido en AA.VV.: *The Political Economy of the Sherman Act. The First One Hundred Years*, ed. SULLIVAN, Nueva York, 1991, pp. 20 y ss.
- HOVENKAMP: “Antitrust policy after Chicago”, *Michigan Law Review*, 1985, pp. 213 y ss.
- HOVENKAMP: “Distributive Justice and the Antitrust Laws”, 51, *Geo.Wash.L.Rev.*, 1982, pp. 1 y ss.
- HOVENKAMP: “Rhetoric and skepticism in antitrust argument”, *Michigan Law Review*, 1986, pp. 1721 y ss.
- HOVENKAMP: “The Reckoning of Post-Chicago Antitrust”, en AA.VV.: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, ed. CUCINOTTA/PARDOLESI/VAN DER BERGH, Cheltenham-Northampton, 2002, pp. 1 y ss.
- HOVENKAMP: “The Sherman Act and the Classical Theory of Competition”, 74, *Iowa Law Review*, 1989.
- HOVENKAMP: *Antitrust*, St.Paul, Minn. 1999
- HOVENKAMP: *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*, St.Paul, Minn. 1994
- HUNT: “Product Separability: A Workable Standard to Identify Tie-in arrangements under the Antitrust Laws”, 46, *South Calif. L.Rev.* 1972, pp. 160 y ss.
- HYLTON/SALINGER: “Reply to Grimes: illusory distinctions and schisms in tying law”, 70, *ALJ*, 2002, pp. 231 y ss.
- HYLTON/SALINGER: “Tying law and policy: a decision –theoretic approach”, 69, *ALJ*, 2001, pp. 469 y ss.
- IDOT: “Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste...”, 2, *Concorrence*, 2005, pp. 31 y ss.
- IMMENGA: “Líneas de desarrollo y características del derecho europeo de la competencia”; 225, *RDM*, 1997, pp. 1114 y ss.
- IMMENGA: *El mercado y el derecho*, Valencia, 2001
- JAEGER: “Illiceità dei c.d. tying contracts nel Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea e nelle leggi americane antitrust”, *Riv.dir.ind.*, 1958, pp. 474 y ss.
- JANSEN: *Die Kopplungsverträge in Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Berlín-Zurich, 1968
- JOHNSON: *Estados Unidos. La historia*, Barcelona, 2001.

- JOLIET: "La licence de marque et le droit européen de la concurrence", 1. RTDE, 1984, pp. 3 y ss.
- JONES.: *Historia de Estados Unidos: 1607-1992*, Madrid, 1992
- JONES/SUFFRIN: *EC Competition Law*, New York, 2001
- JONES: "The two faces of Fortner", 78, *Col.L.Rev.*, 1978, pp. 39 y ss.
- KAPLAN: "The Unfolding Microsoft Drama: Shattered Windows", ALI-ABA Course of Study, *Antitrust Law in the 21st Century*, September 14-15, 2000, New York.
- KAPLOW: "Antitrust, Law and Economics and the Courts", 50, *Law & Contemp. Prob.*, 1987, pp. 181 y ss.
- KAPLOW: "Extension of monopoly power through leverage", 85, *Col.L.Rev.*, 1985, pp. 515 y ss.
- KATZ/SHAPIRO: "Antitrust in Software markets" en *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: antitrust in the digital market place*, Kluwer Academic, 1999, pp. 29-81.
- KAUPER: "The Warren Court and the antitrust laws: of economics, populism and cynism", 67, *Michigan Law Review*, 1968, pp. 329 y ss.
- KAYSEN/TURNER: *Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis*, Cambridge, 1971
- KLEIN: "Did Microsoft engage in anticompetitive exclusionary behavior?", 46, *Ant.Bull.*, 2001, pp. 71 y ss.
- KLEIN: "The Microsoft Case: What can a dominant firm do to defend its market position?", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 15, 2, 2001, pp. 45 y ss.
- KOLASKY: "Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels", 10, *George Mason Law Review*, 2002, pp. 533 y ss.
- KORAH: "From legal form toward economic efficiency –article 85 (1) of the EEC Treaty in contrast to U.S. antitrust", *Ant. Bull.*, 1990, pp. 1009 y ss.
- KORAH: "The Americanization of EC Law", ALI-ABA Course of Study, *Antitrust Law in the 21st Century*, September 14-15, 2000, New York.
- KORAH: *Cases and Materials on EC Competition Law*, Oxford, 2001
- KOVACIC: "The influence of economics on Antitrust Law", 2, *Econ. Inq.*, 2002, pp. 294 y ss.
- KOVAR: "Le droit communautaire de la concurrence et la "regle de riason"", 2, RTDE, 1987, pp. 237 y ss.
- KRAMER: "The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History", 69, *Minnesota Law Review*, 1985, pp. 1013 y ss.
- KRATTENMAKER/SALOP: "Anticompetitive exclusion: raising rivals' costs to achieve power over price", 96, *Yale Law Journal*, 1986, pp. 209 y ss.
- LAHEY: "Tying arrangements and the single product issue", 31, *Ohio State Law Journal*, 1970, pp. 861 y ss.

- LANDE: "Chicago takes it on the chin: imperfect information could play a crucial role in the post-Kodak world", 62, *ALJ*, 1993, pp.193 y ss.
- LANDE: "Chicago's false foundations: wealth transfers (not just efficiency) should guide antitrust laws", 58, *ALJ*, 1989, pp. 631 y ss.
- LANDE: "Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: the Efficiency Interpretation Challenged", 34, *Hastings L. J.*, 1982, pp. 67 y ss.
- LANDES/POSNER: "Market Power in Antitrust cases", 5, *Harvard Law Review*, 1981, pp. 937 y ss.
- LARSON: "Antitrust tie-in analysis after Kodak: a comment", 63, *ALJ*, 1994-1995, pp. 238 y ss.
- LARVE: "Antitrust and Politics", 33, *Ant. Bull.*, 1988, pp. 745 y ss.
- LEE/BUCHANAN: "Private Interest Support for Efficiency Enhancing Antitrust Policies", 2, *Econ. Inq.*, 1992, pp. 218 y ss.
- LIEBOWITZ: "Tie-in sales and price discrimination", 21, *Econ. Inq.*, 1983, pp. 387 y ss.
- LIND/MUYSSERT: "Innovation and Competition Policy: Challenges for the New Millenium", 2, *ECLR*, 2003, pp. 87 y ss.
- LIPSEY: *Introducción a la economía positiva*, Barcelona, 1974.
- LOCKHART/SACKS: "The relevance of economic factors in determining whether exclusive arrangements violate section 3 of the Clayton Act", *Harvard Law Review*, 1952, pp. 913 y ss.
- LOPATKA/PAGE: "Obvious consumer harm in antitrust policy: The Chicago School, the Post-Chicago School and the Courts", en AA.VV.: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law, cit.*, pp. 129 y ss.
- MALAUURIE-VIGNAL: "L'affaire Microsoft, beaucoup de bruit pour rien?", 5, *Contrats, concurrence, consommation*, 2004, p.3.
- MANZINI: "La rule of reason nel diritto comunitario della concorrenza: una analisi giuridico-economica", *Riv.dir.eu.*, 1991, pp. 859 y ss.
- MARENCO: "Le due anime dell' articolo 86", *Dir.comm. e degli scambi int.*, 1986, pp. 11 y ss.
- MARKOVITS: "Tie-ins and Reciprocity: A Functional, Legal and Policy Analysis", 8, *Tex. L. Rev.*, 1980, pp. 1363 y ss.
- MARKOVITS: "Tie-ins, Reciprocity and the Leverage Theory", 2, *Yale Law Journal*, 1970, pp. 195 y ss.
- MARKOVITS: "Tie-ins, Reciprocity and the Leverage Theory", 76, *Yale Law Journal*, 1967, pp. 1397 y ss.
- MARTÍN ARESTI: *La licencia contractual de patente*, Navarra, 1997
- MARTÍNEZ LAGE/BROKELMANN: "El nuevo tratamiento de las restricciones verticales en el Derecho de la competencia comunitario: el Reglamento (CE) n°2790/1999", en AA.VV.: *El nuevo derecho comunitario y español de la competencia*, Barcelona, 2002.

- MASSAGUER FUENTES: “Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, RGD, 1990, pp. 245 y ss.
- MASSAGUER FUENTES: *El contrato de licencia de know-how*, Barcelona, 1989
- MATILLA ALEGRE: “Sobre las nociones de posición dominante y abuso de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma”, en *Derecho Mercantil de la CEE. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991.
- McCARTHY: “Trademark Franchising and Antitrust: The Trouble with Tie-Ins”, 58, *Cal.L.Rev.*, 1970, pp. 1058 y ss.
- MELICAN: “Tying arrangements and related restrictions after Fortner II”, 51, ALJ, 1982, pp. 157 y ss.
- MENÉNDEZ: “Constitución, sistema económico y derecho mercantil”, 94, *Hacienda Pública Española*, 1985, pp. 47 y ss.
- MENÉNDEZ: *La competencia desleal*, Madrid, 1988
- MERKIN/WILLIAMS: *Competition Law. Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC*, Londres, 1984.
- MESSE: “Monopoly bundling in cyberspace: how many products does Microsoft sell?”, XLVI, *Ant.Bull.* 1999, pp. 65 y ss.
- MILLON: “The Sherman Act and the Balance of Power”, 61, 1988, pp. 1219 y ss.
- MOAVERO MILANESI: “Spunti per uno studio del diritto antitrust della CEE”, *Dir.comm. e degli scambi int.*, 1990, pp. 331 y ss.
- MONTI: “Article 81 and Public Policy”, 5, *CMLR*, 2002, pp. 1057 y ss.
- MURIS: “Anticompetitive effects in monopolization cases: a reply”, 68, ALJ, 2000, pp. 325 y ss.
- MURIS: “The FTC and the law of monopolization”, 67, ALJ, 2000, pp. 693 y ss.
- NALEBUFF: DTI Economics Paper No 1, *Bundlig, Tying and Portfolio Effects*, 2003, pp. 13 y ss., disponible en www.dti.gov.uk/ccp/publications.htm
- NELSON: “The ongoing revolution of Antitrust Economics”, (from Economists Incorporated, 1220 New Hampshire Ave., NW, Washington DC 20036)
- NOTE: “Franchises, requirements contracts and tie-ins: one test for a tangled two?”, 74, *Yale Law Journal*, 1965, pp. 671 y ss.
- NOTE: “Quality Control and the Antitrust Laws in Trademark Licensing”, 72, *Yale Law Journal*, 1963, pp. 1171 y ss.
- NOTE: “The Logic of Foreclosure: Tie-in Doctrine after Fortner v. U.S. Steel”, 79, *Yale Law Journal*, 1969, pp. 86 y ss.
- NOTE: “Tying restrictions: charging standards of legality”, 48, *Col.L.Rev.* 1948, pp. 733 y ss.

- OCDE Competition Policy Roundtables *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, DAFE/COMP (2002) 5.
- ODUDU: “A new economic approach to Article 81(1)?”, 1, ELR, 2002, pp. 100 y ss.
- ODUDU: “Interpreting Article 81(1): demonstrating restrictive effect”, 3, ELR, 2001, pp. 261 y ss.
- ODUDU: “Interpreting Article 81(1): object as subjective intention”, 1, ELR, 2001, pp. 60 y ss.
- ODUDU: “Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited”, 4, ELR, 2001, pp. 379 y ss.
- ORDOVER/WILLIG: “Access and Bundling in High Technology Markets” en *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: antitrust in the digital market place*, Kluwer Academic, 1999, pp.103 y ss.
- ORTUÑO BAEZA: *La licencia de marca*, Madrid-Barcelona, 2000
- OSTI/PARDOLESI: “La decisione della Commissione CE sul caso General Electrics/Honeywell”, 2, Giur. Comm., 2002, pp. 310 y ss.
- PAGE: “Microsoft and the public choice critique of Antitrust”, XLVI, Ant.Bull. 1999, pp.5 y ss.
- PARDOLESI: “Il caso Kodak e il monopolio da retrobottega”, *Foro Italiano*, 1992, pp. 84 y ss.
- PASAHOW: “Tying and the single-product issue”. 54, ALJ, 1985, pp. 1219 y ss.
- PASCUAL Y VICENTE: “El abuso de posición dominante”, RDM, 2002, pp. 1291 y ss.
- PASCUAL Y VICENTE: *Diccionario de derecho y economía de la competencia en España y en Europa*, Madrid, 2002.
- PAZ ARES: “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista al ilícito antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)”, 159, RDM, 1981, pp. 7 y ss.
- PEARSON: “Tying arrangements and the antitrust policy”, 60, *Northwestern University Law Review*, 1965, pp. 626 y ss.
- PEINADO GRACIA: “Las concentraciones empresariales desde la perspectiva del ordenamiento comunitario. Apuntes sobre el Reglamento 139/2004, sobre control de concentraciones de empresas”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho de la competencia*, coords. FONT GALÁN/PINO ABAD, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 151 y ss.
- PELANZ/CAFFARRA: “The Economics of G.E./Honeywell”, 3, ECLR, 2002, pp. 115 y ss.
- PELLISÉ CAPELL: *La “explotación abusiva de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Madrid, 2002
- PETERMANN: “The International Salt case”, 22, *Journal of Law & Econ.*, 1979, pp. 351 y ss.
- PFLANZ/CAFFARRA: “The Economics of GE/Honeywell”, 3, ECLR, 2002, pp. 115 y ss.

- PITOFSKY: "The political content of antitrust", 127, U.P.A.L.R., 1979, pp. 1051 y ss.
- PITTMAN: "Tying without exclusive dealing", 30, *Ant.Bull.*, 1985, pp. 279 y ss.
- POSNER: "Antitrust in the New Economy", ALI-ABA Course of Study, *Antitrust Law in the 21st Century*, September 14-15, 2000, New York.
- POSNER: "The antitrust laws", en *Economic Analysis of Law*, Boston, 1977, pp. 211 y ss.
- POSNER: "The Chicago School of Antitrust Analysis", 127, U.P.A.L.R., 1979, pp. 925 y ss.
- POSNER: *Antitrust Law*, 2d ed., Chicago, 2001.
- POSNER: *Antitrust Law*, Chicago, 1976
- POSNER: *Antitrust. Cases. Economic Notes and other material*, St.Paul, Minn. 1974.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS: "Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia" en AA.VV.:*Libro Homenaje al Profesor A. Menéndez*, Tomo I, Madrid, 1996, pp.983 y ss.
- RONCERO SÁNCHEZ: *El contrato de licencia de marca*, Madrid, 1999
- ROSS: "The single product issue in Antitrust Tying: A Functional Approach", 23, *Emory Law Journal*, 1974, pp. 963 y ss.
- RUBINFELD/HOVEN: "Innovation and Antitrust Enforcement" en AA.VV.: *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation, and Antitrust Issues*, ed. ELLIG, New York:-Cambridge, 2001, pp. 65-94.
- RUBINFELD: "Antitrust enforcement in dynamic network industries", 43, *Ant.Bull.* 1998, pp. 859 y ss.
- RUBIO: *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, cit., pp. 77 y ss.
- SACRISTÁN REPRESA: "Abuso de posición dominante", en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, coord. VELASCO SAN PEDRO, Valladolid, 2005, pp. 309 y ss.
- SAMUELSON/NORDHAUS: *Economía*, Madrid, 1999
- SCHAUB: "Continued focus on reform: recent developments in EC competition policy" en *International Antitrust Law & Policy*, Fordham Corp. L. Inst., 2001, pp. 31 y ss.
- SCHERER/ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990
- SCHRÖTER: "Antitrust analysis under article 85(1) and (3)", en *North America and Common Market Antitrust and Trade laws*, Fordham Corp. L. Inst., 1987, pp. 645 y ss.
- SCHWARTZ: "Justice and other non-economic goals of antitrust", 127, U.P.A.L.R., 1979, pp. 1076 y ss.
- SEIDMANN: "Bundling as a Facilitating Device: A Reinterpretation of the Leverage Theory", 58, *Economica*, 1991, pp. 837 y ss.
- SHER: "The Last of Steam-Powered Trains: Modernising Article 82", 5, *ECLR*, 2004, pp. 243 y ss.

- SINGER: "Market power and tying arrangements", 8, *Ant. Bull.*, 1963, pp. 445 y ss.
- SLAWSON: "A new concept of competition: Re-analyzing tie-in doctrine after Hyde", 30, *Ant. Bull.*, 1985, pp. 257 y ss.
- SLAWSON: "A stronger, simpler tie-in doctrine", 25, *Ant. Bull.*, 1980, pp. 671 y ss.
- SLAWSON: "Excluding competition without monopoly power: the use of tying arrangements to explote market failures", 36, *Ant.Bull.*, 1992, pp. 457 y ss.
- SLOT: "A view from the mountain: 40 years of developments in EC competition Law", 2, *CMLR*, 2004, pp. 443 y ss.
- SPIERENBURG/POIDEUIN :*Histoire de la Haute Autorite de la Communaute Européenne du Carbone et de l'Acier (une experience supranationale)*, Bruselas, 1.993.
- SPIVACK/ELLIS: "Kodak: Enlightened antitrust analysis and traditional tying law", 62, *ALJ*, 1993, pp. 203 y ss.
- SPIVACK: "The Chicago School approach to single firm exercises of monopoly power: a response", 52, *ALJ*, 1983, pp. 651 y ss.
- STEUER: "Exclusive dealing after Jefferson-Parish", 54, *ALJ*, 1985, pp. 1229 y ss.
- STIGLER: "The Origin of the Sherman Act", 14, *Journal of Legal Studies*, 1985, pp. 1 y ss.
- STOLZE: *El capitalismo (de Manchester a Wall Street)*, Barcelona, 1971.
- STRASSER: "An Antitrust Policy for Tying Arrangements", 34, *Emory Law Journal*, 1985, pp. 253 y ss.
- SULLIVAN/HARRISON: *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, Nueva York, 2000.
- SULLIVAN: "Antitrust, Microeconomics and Politics: Reflections on Some Recent Relationships", 68, *Cal.L.Rev.*, 1980, pp. 1 y ss.
- SULLIVAN: "Post-Chicago economics: economists, lawyers, judges and enforcement officials in a less determinate theoretical world", 63, *ALJ*, 1995, pp. 669 y ss.
- SULLIVAN: "Section 2 of the Sherman Act and vertical strategies by dominant firms", 21, *Southwestern U. L. R.*, 1992, pp. 1227 y ss.
- SULLIVAN: *Handbook of the Law of Antitrust*, St.Paul, Minn. 1977.
- SUMMERS: "Competition Policy in the New Economy", 69, *ALJ*, 2001, pp. 353 y ss.
- TOFFOLETTI: "Compatibilità tra prodotti e tutela della forma e disciplina della concorrenza", *Giurisprudenza Commerciale*, 1993, pp. 223 y ss.
- TRONCOSO y REIGADA: "El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)", en AA.VV.:*Libro Homenaje al Profesor A. Menéndez*, Tomo I, Madrid, 1996, pp. 1035 y ss.
- TUNC: *El derecho de Estados Unidos*, Barcelona, 1971.

- TURNER: “The validity of tying arrangements under the antitrust laws”, 72, *Harvard Law Review*, 1958, pp. 50 y ss.
- TURNER: “The virtues and problems of antitrust laws”, 25, *Ant. Bull.*, 1990, pp. 297 y ss.
- VAN CISE: “Antitrust past-present-future”, *Ant. Bull.*, 1991, pp. 985 y ss.
- VAN CISE: *The Federal Antitrust Laws*, Washington D.C., 1975
- VAN DER BERGH/CAMESASCA: *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, Antwerpen, Groningen, Oxford, New York, 2001
- VELASCO SAN PEDRO: “Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas” en AA.VV.: *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, 2005, pp. 79 y ss.
- VELASCO SAN PEDRO: “La política de la competencia. Prácticas colusorias y abuso de posición dominante” en AA.VV.: *La integración económica europea*, Valladolid, 1996.
- VELASCO SAN PEDRO: “La Política Europea de la Competencia ante el Nuevo Milenio”, en AA.VV.: *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*, Oviedo, 2001, pp. 247 y ss.
- VELTROP: “Tying and Exclusive purchasing arrangements under EC competition law”, 31, *CMLR*, 1994, pp. 549 y ss.
- VENIT: “In the make of windsurfing: patent licensing in the Common Market”, en *United States and Common Antitrust Policies*, Fordham Corp. L. Inst., 1986, pp. 517 y ss.
- VERDE ALDEA: “La acción de las empresas para limitar la competencia”, 81, *RDM*, 1961, pp. 101 y ss.
- VERLOREN VAN THEMAAT: “Antitrust and the Common Market: a Symposium”, 38, *NYULR*, 1963, pp. 435 y ss.
- VICIANO PASTOR: *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, 1995.
- VICKERS: “Competition Economics and Policy”, 3, *ECLR*, 2003, pp. 95 y ss.
- VILLEGAS: *Monopolio y Competencia. Las Leyes antitrust de los Estados Unidos base de la libertad económica*, Madrid, 1970.
- VÖLCKER/CHARRO: “*Tetra Laval* –a landmark judgement on EC merger control”, *Competition Law Insight*, 8 Marzo 2005, pp. 3 y ss.
- VÖLCKER: “Leveraging as a theory of competitive harm in EU merger control”, 40, *CMLR*, 2003, pp. 581 y ss.
- WAELEBROECK, D.: “The Compatibility of Tying Agreements with Antitrust Rules: A Comparative Study of American and European Rules”, *YEL*, 1987, pp. 39 y ss.
- WAELEBROECK, M.: “Antitrust Analysis under article 85 (1) and (3)” en *North America and Common Market Antitrust and Trade laws*, Fordham Corp. L. Inst., 1987, pp. 693 y ss.
- WEINSTEIN: “Bundles of Trouble: the possibilities for a New Separate-Product Test in Technology Tying Cases”, 3, *Cal.L.Rev.*, 2002, pp. 903 y ss.

- WHEELER: “Some observations on Tie-ins, the Single-Product Defense, Exclusive Dealing and Regulated Industries”, 60, *Cal.L.Rev.*, 1972, pp. 1557 y ss.
- WHINSTON: “Exclusivity and Tying in *U.S. v. Microsoft*: what we know and don’t know”, *Journal of Economic Perspectives*, vol.15, n°2, 2001, pp. 63 y ss.
- WHINSTON: “Naked Restrictions: Comment”, 1, *American Economic Review*, 2000, pp. 296 y ss.
- WHINSTON: “Tying, Foreclosure and Exclusion”, 80, *AER*, 1990, pp. 837 y ss.
- WHISH/SUFRIN: “Article 85 and the Rule of Reason”, 7, *YEL*, 1987, pp. 1 y ss.
- WHISH: “Regulation 2790/99: the Commission’s “new style” block exemptions for vertical agreements”, 4, *CMLR*, 2000, pp. 887 y ss.
- WHISH: *Competition Law*, Bath, 2001
- WHITE: “Microsoft and browsers. Are the Antitrust problems really new? en *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: antitrust in the digital market place*, Kluwer Academic, 1999, pp. 137 y ss.
- WILS: “Rule of reason: une regle raisonnable en droit communautaire?”, *CDE*, 1990, pp. 87 y ss.
- WINCKLER/GERONDEAU: “Étude critique du Règlement CEE sur le contrôle des concentrations d’entreprises”, *Rev. March. Comm. Núm. 339*, 1.990 pp. 541 y ss.
- WOLLENBERG: “An Economic Analysis of Tie-in Sales: Re-examining the Leverage Theory”, 39, *Stanford Law Review*, 1987, pp. 737 y ss.
- ZAMORA CABOT: “Algunas claves actuales del derecho antitrust de los Estados Unidos”, 181-182, *RDM*, 1989.
- ZANON: “Ties in patent licensing agreements. (Commission decision VAESSEN/MORIS)”, *ELR*, 1980, pp. 391 y ss.