

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Libertad privada e internamiento involuntario: estudio  
comparado de España y Puerto Rico**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Marielle Ramírez González**

Director

**José María de la Cuesta Rute**

**Madrid, 2017**

**INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**UNIVERSIDAD**  
**COMPLUTENSE**  
**MADRID**

**Tesis presentada para la obtención del**  
**Grado de Doctor**

***LA JURISPRUDENCIA USA SOBRE FIJACIÓN DE***  
***PRECIOS A LA LUZ DEL ANTITRUST: ANÁLISIS***  
***DE LA SENTENCIA DEL CASO LEEGIN***

Por

**Lcda. MARIELLE RAMÍREZ GONZÁLEZ**

Realizada bajo la Dirección del Prof. Dr.  
**José María de la Cuesta Rute**

**Madrid, 2015**



### **Agradecimientos:**

En la realización de esta investigación, se trabajó arduamente para obtener toda la información necesaria para lograr las metas que me propuse. Gracias a la ayuda infinita de *Dios* y unas distinguidas personas pude cumplir con mi cometido. Mi objetivo primordial se alcanzará en un futuro, cuando la libre competencia y el consumidor, puedan apreciar mi esfuerzo por educarlos y brindarles muchísimas alternativas para su protección.

Primeramente, quiero agradecer al *Dr. José María De la Cuesta Rute* por darme la oportunidad de preparar este trabajo, para así tratar de demostrar mi capacidad de trabajo con el fin de contribuir modestamente, al desarrollo y estudio del *Derecho de Competencia* en Puerto Rico y los Estados Unidos de Norte América con el fin de que siga evolucionando y defendiendo los intereses de los consumidores y operadores de los mercados

Tampoco me puedo olvidar, del *Dr. José Ignacio Rubio San Román* que sin sus recomendaciones este trabajo no se habría podido llevar a cabo.

Le doy las gracias a la *Lcda. Carmen Pilar López Argüelles* por su ayuda incondicional y colaboración, ya que fue mi enlace por excelencia para poder comunicarme con la Facultad de Derecho de la *Universidad Complutense de Madrid*.

Además, un agradecimiento muy en especial a todos los empleados de la *Oficina de Educación Jurídica Continúa de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho*; sin su asistencia no me hubiera podido conducir efectivamente en el programa.

Por último, pero no menos importante, no puede faltar mi más cordial agradecimiento a mi *familia*, en especial a mi *Madre* por todo su apoyo y por siempre creer en mí para poder llevar a cabo este proyecto. También, agradezco eternamente, todo el soporte que mi *Hermano* y mi *Padre* me han brindado, para seguir hacia adelante y poder concluir este trabajo de investigación.



**INDICE:**

**INDICE DE ABREVIATURAS .....7**

**ABSTRACT: .....9**

**INTRODUCCIÓN:.....15**

**CAPÍTULO I - La Fijación de Precios en el Mercado y el Derecho Antitrust:.....19**

**I.I. La Razón de que la Ley Sherman (el Antitrust) se Ocupe de Supuestos de Fijación de Precios .....19**

**A. Historia de Estados Unidos:.....14**

**B. La Promulgación de la “Sherman Act” y Otras Leyes: .....27**

**C. La Protección del Principio de la Soberanía del Consumidor: .....33**

**D. Escuela Neoclásica: .....34**

**E. Escuela Austríaca: .....38**

**F. La Protección de la Libertad Económica de los Competidores en el Mercado .....51**

**CAPÍTULO II - Las Distintas Clases de Supuestos de Fijación de Precios en la Ley Sherman .....55**

**A. Prohibición de Acuerdos Sobre Precios: .....55**

**B. Prohibición de Recortes de Precios Predatorios: .....63**

**C. Cárteles:.....65**

**D. Prohibición de Discriminación de Precios: .....83**

**E. Conclusiones y Análisis a los Acuerdos de Precios y a los Cárteles de Fijación de Precios:.....86**

**CAPÍTULO III - La Sentencia Leegin: .....105**

**I. El Supuesto de Hecho: .....105**

**II. El Supuesto de Hecho y la Fijación de Precios: .....109**

**III. La Innovación de la Sentencia: .....112**

**IV. La Doctrina de la Sentencia:.....120**

**IV.I. Noción de Competencia Subyacente al Caso Leegin: .....126**

**Opinión Disidente de la Sentencia de Leegin .....120**

**A. Voto Disidente del Juez Stephen Bryer: .....120**

**1. Potenciales Efectos Anticompetitivos: .....127**

**2. Los Beneficios Potenciales: .....131**

**3. La Administración: .....133**

B. Confianza Pública: .....	135
C. El Derecho Común: .....	140
D. Conclusión: .....	141
<b>CAPÍTULO IV.- Opiniones Favorables y Desfavorables en la Opinión Pública de la Sentencia de Leegin: .....</b>	<b>143</b>
A. Opiniones Favorables:.....	143
B. Opiniones Desfavorables:.....	149
C. “Discount Pricing Consumer Protection Act”:.....	154
<b>IV.I. Los Sectores que quedan Concernidos: Manufactureros, Distribuidores o Detallistas y Consumidores: .....</b>	<b>162</b>
A. Manufactureros: .....	162
B. Distribuidores o Detallistas: .....	166
C. Consumidores: .....	169
D. Conclusiones y Análisis: .....	170
<b>CAPÍTULO V - La Fijación de Precios en el Mercado de la Unión Europea: .....</b>	<b>181</b>
A. Historia de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (C.E.C.A.): ....	181
B. Desarrollo del Artículo 86 del Tratado de Roma: .....	187
C. Artículo 81 del Tratado de Roma: .....	190
D. Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: .....	192
E. Noción de Comercio entre Estados Miembros: .....	194
F. Comisión Europea: .....	195
<b>CAPÍTULO VI - Enfoque de la Comisión Europea para Tratar las Restricciones Verticales: .....</b>	<b>203</b>
<i>Reglamento de Exención Por Categorías Para las Restricciones Verticales .....</i>	<i>206</i>
A. Conclusiones y Análisis: .....	237
<b>CAPÍTULO VII - La Fijación de Precios en el Mercado del Derecho Español: ..</b>	<b>253</b>
A. Historia: .....	253
B. LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: .....	259
C. Comisión Nacional de Mercados y Competencia .....	264
D. Reglamento de Defensa de la Competencia, REAL DECRETO 261/2008, de 22 de febrero: .....	276
E. Conclusiones y Análisis: .....	280
<b>Conclusiones: .....</b>	<b>289</b>
<b>Bibliografía: .....</b>	<b>293</b>

## INDICE DE ABREVIATURAS

A.T.E.I.A:	Tarifas Oficiales Míminas Para Uso Exclusivo de Empresas Miembros
ABA:	American Bar Association
ART:	Artículo
BOE:	Boletín Oficial del Estado
C.CIV:	Código Civil
CE:	Comunidad Europea
CECA:	Comunidad Europea del Carbón y el Acero
CEE:	Comunidad Económica Europea
CEMA:	Consejo Estatal de Medios Audiovisuales
CMT:	Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones
CNE:	Comisión Nacional de Energía
CNMC	:Comisión Nacional de Mercados y Competencia
CNSP:	Comisión Nacional del Sector Postal
Comisión:	Comisión Europea
Comisión:	Comisión Nacional de la Competencia
Consejo UE:	Consejo de la Unión Europea
Consejo:	Consejo Europeo
CONST:	Constitución
CREA:	Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria
CRF:	Comité de Regulación Ferroviaria
Dr. Miles:	Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park, 220 U. S. 373, (1911)
ESP:	España
F.3d:	Federal Third
FED. REG:	Federal Register
FTAIA:	Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982
FTC:	Federal Trade Comission
IHH:	Índice de Herfindahl e Hirschman
L.P.R.A:	Leyes de Puerto Rico Anotadas
Leegin:	Leegin Creative Leather Products, Inc.

MPR:	Mantenimiento del Precio de Reventa
OCDE:	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico
OPEP:	Organización de Países Exportadores de Petróleo
REC:	Reglamento de Exención por Categorías
RPM:	Resale Price Maintenance
S.CT:	Supreme Court Reporter
SENT:	Sentencia
SEQ:	Siguiente
STAT:	Statute
T. SUPRE:	Tribunal Supremo
T.C:	Tribunal Constitucional
T.D.C:	Tribunal de Defensa de la Competencia
T.J.C.E:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
T.P.I.C.E:	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TCCE:	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCCEE:	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPICE:	Tribunal de Primera Instancia de Las Comunidades Europeas
Tratado EC:	Tratado de la Comunidad Europea
U.S.	United States
UE:	Unión Europea
USA:	United States of America
USC:	United States Code
USCA:	United States Code Anotated

## **ABSTRACT**

The main purpose of this thesis is to show a complete view of the changes in the price fixing agreements jurisprudence of the *United States*, by analyzing the case of *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. Dba Klosets Kay's, Kay's Shoes*, 2007 S.Ct. 1835892, hereinafter *Leegin*. On June 28, 2007, the *United States Supreme Court* decided *Leegin*, by changing the markets pricing arrangements policy and allowing the *vertical price fixing* agreements. In other words, those agreements are not always going to be prohibited by the *Sherman Antitrust Act law*, unlike what happened in 1890.

Earlier, in order to ensure the free formation of prices the “*Sherman Antitrust Act*”, 15 *USCA* § 1 stated that every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Moreover, section 2 declared that 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, should be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof.

Similarly, in Puerto Rico, the legislation concerning the *Competition Law* is *Law No. 77 of June 25, 1964, as amended, known as the “Act to Prohibit Monopolistic Practices and Protecting Fair and Free Competition Business and Trade “*. (*Ley Núm. 77 de 25 de junio de 1964, según enmendada, y conocida como la “Ley Para Prohibir las Prácticas Monopolísticas y Proteger la Justa y Libre Competencia en los Negocios y el Comercio”*).

Section 258 of the Act provides that every contract, combination in the form of “*trust*” or otherwise, or conspiracy to unreasonably restrict business or trade in the *Commonwealth of Puerto Rico*, are illegal. In addition, section 260 states that any person who shall monopolize or attempt to monopolize, or combine or conspire to be

with anyone else, in order to monopolize any part of business, or trade in the *Commonwealth of Puerto Rico*, will be deemed guilty of a misdemeanor.

An example of such prohibited arrangement is the *vertical price fixing agreement*. The *Vertical Pricing, Unilateral Pricing and Resale Price Fixing, Resale Price Maintenance or RPM*, involves setting a manufacturing price that is going to be used by the customer or supplier, to resell the good or service that the manufacturer supplied beforehand. The fixing of a minimum price guarantees, that the price will not fall below a certain level.

The *Per Se Rule* method is used to assess the validity of the *price fixing agreement*. The *Per Se Rule* prohibits price fixing agreements, without having to analyze their causes and their consequences on the market, or the market power of whom runs it. It can be considered as illegal *per se*, even if the defendants did not have monopoly power, or other similar power. The agreement in itself is illegal or anti-competitive, and this is enough to be punished. In the ruling of *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park*, 220 U.S. 373 (1911), hereinafter, *Dr. Miles*; the *Supreme Court* considered that it was illegal under the antitrust laws, that manufacturers and distributors signed an agreement setting a minimum selling price.

The *Leegin* case is significant, because it repealed the judgment of *Dr. Miles* so that the *Rule of Reason* can now be applied, to assess the cases concerning the *vertical price fixing agreements*. Under this rule, the researcher evaluates the totality of the circumstances of the case, by deciding whether a restrictive practice should be prohibited, because it inflicts an unreasonable restriction on the competition. The circumstances to be taken into account, to assess the restrictive practice are the following: specific information about its relevant business, its history, the nature, and effect of the limitation.

In other words, the *Supreme Court* stated in *Leegin* that not all cases of price fixing are monopolies, and pleased those who defended the right of manufacturers to set

a minimum price. As a result, it is considered that manufactures should be free to determine the price that they want for their own products.

However, *Leegin* became significant because it has raised so much controversy resulting in two groups: those who support the judgment, because it facilitates the entry of a new manufacturer, it stimulates intra-brand and between brands competition, and it increases the manufacturer efforts to sell their product, by offering additional services through its distributors, and at the same time, bringing more benefits to the consumers.

On the other hand, opponents argue that *Leegin* offers a *carte blanche* to create *cartels of manufacturers or distributors*, affecting price competition. *Cartels* are known to be as an association of independent companies, under the same or similar branches of industry, created with the purpose of increasing the profits of its members, subjecting them to competitive activities to form a common control.

Those critics argue that in the markets with little competition, the minimum price would limit the entry of other manufacturers who want to lower prices. As a result, it affects the consumer, because they would have to buy their products at artificially controlled prices. Also, the critics argue that to require manufacturers to set prices limit the entry of competition, such as discount stores or a department stores with greater purchasing power, that are willing to lower their prices to increase its volume of sales.

In order to address this controversy, a research has been made using as foundation the history of the *Antitrust*, the different schools of thoughts, and important authors such as *KIRZNER*. In fact, *KIRZNER* dissent from the purposes of the *Anti-Trust* legislation, and does not deem important the reason to sign those kinds of collusive pricing agreements, as long as they don't affect the dynamics of competitiveness of the market. In other words, an industry with *High Dynamic Competitiveness*, often bring a significant improvement of customer assistance, through the implementation of innovations; better pricing, product benefits and a better ability to satisfy the customer needs.

Also, the alleged collusive price agreement could be a clear measure to improve competition. In other words, as long as the agreement does not hinder the entry into any industry, any attempt to use or control the price competition is not the worst-case scenario. These attempts at control are in itself competitive actions, since they are made while they were subjected to the competition. They are not been prepared completely ignoring the current law or the laws of the market. The plans are carried out, in this economic environment, by competing and looking for ways to make ends meet.

There is no doubt that everything that affects the prices, which is the system of signals emanating from the markets, that therefore marks it's essential purpose; it has it's consequences in the same market, and therefore, can not be indifferent to it's legal framework, whose main ingredient is the law and the *Antitrust* doctrine.

These new paradigms of competition of the *Rule of Reason* review the pricing and *cartels* agreements, in a much more open way than before. Nonetheless, the *Antitrust Law* is still needed to ensure that competition actually exists, and it can fulfill its functions. Hence, this rule requires the State to take care of it, but in a more flexible manner, evaluating each case separately.

Thus, the question is to what extent the agreements, commitments, or price impositions violate the *Antitrust Law*. One of the issues is that *Leegin* is changing the doctrine, raising the need to study its reasons and contrast it with the previous one.

It seems, as if the ruling of *Leegin* involves an approximation of the *American Jurisdiction* to a conception of competition, that escapes from the original conceptions of the *Neoclassical School* to the extent, that it approximates to the views of the *Austrian School*.

In the ruling of *Leegin*, you can slowly see the transition and abandonment of the *Per Rule*, using the *Rule of Reason*, which is a correction of the earlier doctrine. The *Rule of Reason* is being enforced, turning the *American Competition law*, which prohibits *pricing and cartels agreements*, into a *European* one, that always was seated

in the aforementioned *Rule of Reason*. Subsequently, this transition encourages companies to work in teams, to prevent the elimination of the competition entry, and to use the dynamic competition and innovation.

*Pricing Cartels Agreements* are allowed in other jurisdictions, such as the *European Union and Spain*, by using the *Rule of Reason*. Both jurisdictions can serve as an illustration, when applying the *Rule of Reason* to the vertical agreements.

The *European Union* appreciates all the positive effects that the *pricing and cartels agreements* bring to the market, before rejecting them. In order to do this, they are applying the concept of free competition that is being promoted in the *Austrian School* with *KIRZNER*; and by allowing *vertical price fixing agreements*, as long as it bring benefits to the market, and does not restrict the competition entry.

Similarly, *pricing and cartels agreements* are allowed in *Spain*, if it contributes to improving the production, marketing, distribution or it promotes technical or economic progress. Although the *National Commission on Financial Markets and Competition (Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia)* is encouraging a fight against the anti-competitive agreements and the prosecution of *cartels* in combination with other agencies; it does not mean that this new enforcement policy is forbidding a behavior assessment of the anticompetitive conduct according to the *Rule of Reason*.

In other words, *Spain* can demonstrate them how to do a preliminary assessment of each case individually, to see if the offending company qualifies for an exemption, if there is a defense or explanation available, or if they can reach a transaction to end the controversy.

On the contrary, if after they offer the offending companies many opportunities, to resolve the dispute, there is no resolution; then the system proceeds to set a fine or penalty. Even those fines, can be reduced as long as the offending companies provide enough evidence, to order an inspection of the offending company or to prosecute a *cartel*.

In brief, based on this research we can conclude that slowly, the *United States Jurisdiction* by using the *Rule of Reason*, is in a kind of transition that is following the path traced by *Spain*, to consider the *price fixing and cartels agreements*. Accordingly, *Spain* is the best model to follow, in order to fill possible gaps in the *Leegin* case, because it has the legislation, jurisprudence, and enough experience to evaluate such *vertical price fixing* cases.

## **INTRODUCCIÓN:**

El 28 de junio de 2007<sup>1</sup>, el Tribunal Supremo de *Estados Unidos* resolvió un caso que cambió la política de acuerdos de fijación de precios en los mercados, ya que admite que la *Fijación de Precios Vertical*, no siempre va a caer bajo la aplicación de la ley *Antitrust* o *Sherman Act*, a diferencia de lo que sucedía desde 1890 hasta casi los otros días. Este caso se conoce como, *Leegin Creative Leather Products, Inc, v. PSKS, Inc, Dba Kay's Klosets, Kay's Shoes, 2007 S.Ct. 1835892*, en adelante *Leegin*.

La sección 1 del *Sherman Act*, 15 U. S. C. §1 prohíbe cada acuerdo, contrato, combinación en forma de *trust* o conspiración, o de otra forma, que limite el comercio entre varios Estados. Un ejemplo de estos acuerdos prohibidos lo compone la *Fijación de Precios Vertical*.

La *Fijación de Precios Vertical*, *Fijación de Precios de Reventa* o la *Fijación de Precios Unilateral (Resale Price Maintenance o RPM)*, implica la imposición por parte de un manufacturero del precio, al cual su cliente o distribuidor revenderá el bien o servicio que dicho manufacturero le suministra. La imposición de un precio mínimo, garantiza que el precio no descienda por debajo de un cierto nivel.

Para evaluar la validez de este acuerdo se utilizaba como método la *Regla Per Se*. La *Regla Per Se*, dispone que ciertas limitaciones al comercio están en violación de la *Sherman Act*, sin hacer un análisis elaborado del daño preciso que ha causado o de alguna justificación para su uso. En la sentencia de *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park, 220 U. S. 373, (1911)*, en adelante, *Dr. Miles*; el *Tribunal Supremo* consideraba

---

<sup>1</sup>Acotación del Tema-en cuanto al objeto del trabajo, empecé a trabajar los antecedentes históricos y llegado el momento entendí cuál es el caso. A mi juicio me decidí ser objeto de colación del Diploma de Tesis. He tratado de omitir, por no resultar excesivo en su extensión, aquellas cuestiones que teniendo relación con el trabajo, y teniendo importancia o repercusión en el mismo, sin embargo, podrían ser objeto de una investigación similar a la que se presenta. No obstante y dado algunas de las fuentes que se han utilizado en este trabajo, he considerado oportuno reflejar en la bibliografía, no sólo la doctrina legislativa, jurisprudencial, nota de prensa, etc. Y por ello hacer mención expresa, y añadir en un apartado adicional aquellas otras fuentes manejadas en la investigación que presento, que tienen cuando menos una relación tangencial con la misma.

que era ilegal bajo las leyes de antimonopolio que fabricantes y distribuidores acuerden un precio mínimo de venta.

El caso de *Leegin* es significativo, ya que derogó esta sentencia, sosteniendo que para evaluar los casos de los acuerdos fijación de precios vertical, se puede aplicar la *Rule of Reason o Regla de la Razón*. Bajo esta regla, el investigador evalúa la totalidad de las circunstancias del caso, para decidir si una práctica restrictiva debe ser prohibida, porque le impone una limitación irrazonable a la competencia. Esas circunstancias que se deben tomar en consideración para evaluar la práctica restrictiva son las siguientes: la información específica acerca de los negocios relevantes, su historia, naturaleza, y el efecto que produce la limitación.

En otras palabras, el *Tribunal Supremo* expresó en la sentencia de *Leegin* que no todos los casos de fijar precio son monopolios y complació aquellos que defienden el derecho de los fabricantes de fijar el precio mínimo. Por lo que, se considera que el fabricante debe tener libertad de determinar el precio que quiera sobre su producto.

Asimismo, si el fabricante tiene un producto único y distinto, encontrará ventajoso establecer un control de precios al distribuidor, porque podrá incrementar el total de sus ventas; además de que la estrategia de precios le sirve para diferenciar su producto de otros mediante el ofrecimiento de servicios adicionales.

No obstante, tan es así de sustancial que la sentencia de *Leegin* ha levantado una fuerte polémica. Los críticos argumentan que es una carta blanca para crear cárteles<sup>2</sup> de fabricantes o de distribuidores o detallistas, afectando la competencia de precios. Los cárteles se refieren a una asociación de empresas independientes en las mismas, o similares ramas de la industria, creadas con el propósito de aumentar las ganancias de

---

<sup>2</sup>Según el REAL DECRETO 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, el concepto cártel se refiere es una asociación de empresas independientes en las mismas, o similares ramas de la industria, creadas con el propósito de aumentar las ganancias de sus miembros, haciéndola sujeta a actividades competitivas para formar un control común. *Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*, Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-3646>.

sus miembros, haciéndola sujeta a actividades competitivas para formar un control común.

Estos críticos alegan que en aquellos mercados con poca competencia, el precio mínimo limitaría la entrada de otros manufactureros que quieran bajar los precios. Como resultado, se afectaría al consumidor, porque tendría que comprar sus productos a precios artificialmente controlados.

También, sostienen que exigirle a los manufactureros que fijen el precio puede llevarlos a limitar la entrada de la competencia, como por ejemplo las tiendas de descuento o una megatienda con mayor poder de compra, y que estén dispuestos a bajar el precio al incrementar su volumen de ventas.

Para tratar esta polémica, se ha empleado una investigación que utiliza como base la historia del *Antitrust*, las Escuelas de Pensamientos más importantes y diferentes Autores tales como, *KIRZNER*, *PASCUAL Y VICENTE*, *HUERTA DE SOTO*, *GABRIEL CALZADA*, *JUAN RAMÓN RALLO*, *SCHUMPETER*, *O'DRISCOLL Y RIZZO* *KENNETH G.ELZINGA / DAVID MILLS*, *HARVEY I. SAFERSTEIN*, entre otros.

No cabe duda de que todo lo que afecta a los *precios*, que es el sistema de señales que emana de los mercados, y que por tanto marca la finalidad esencial de éstos; tiene repercusión en el mismo mercado, y por lo tanto, no puede ser indiferente para el marco jurídico de éstos, cuyo principal ingrediente es la legislación y la doctrina del *Antitrust*.

Así pues, se trata de saber hasta qué punto los acuerdos, compromisos o imposiciones de precios atentan al *Derecho Antitrust*. En ese fondo de cuestiones, está la sentencia *Leegin* que al cambiar la doctrina, nos plantea la necesidad de estudiar su razón y contrastarla con la anterior.

Tal parece, como si el fallo de *Leegin* supone la aproximación del sistema Norteamericano, a una concepción de la competencia que escapa de aquellas concepciones originales de la *Escuela Neoclásica*, en la medida en que se aproximaría a las posiciones de la *Escuela Austríaca*. Dicho de otra forma, este fallo jurisprudencial puede significar un cambio en el entendimiento de la legislación *Antitrust*.

Por esas razones, la sentencia de *Leegin* siendo un caso normativo o *leading*<sup>3</sup> según la revista *Harvard Law Review*, ha despertado mi interés por estudiarlo. Esta sentencia es importante, porque su tema representa un punto de inflexión sobre la doctrina Norteamericana del *Antitrust* establecido por la *Sherman*, ya que los casos de *Fijación de Precios Vertical*, no siempre serán evaluados por la *Regla Per Se*. Por eso, quisiera estudiar su significado en el contexto del *Derecho Antitrust* en el mercado tal y como se viene aplicando en *Puerto Rico* y *Estados Unidos*.

Asimismo, el cambio de la sentencia de *Leegin* supone un cambio en el propio concepto de competencia subyacente que considero digno de ser desentrañado, y que ese cambio es el que sin duda enciende la polémica citada. Pero en el estudio, se dice que hay que ponderar con cuidado las *Reglas Per se* y *de la Razón*, pues la *Regla de la Razón* es una rectificación de la doctrina anterior que se va imponiendo en *Estados Unidos* en otras cuestiones. Aquí se tratará la transición entre esas dos fórmulas. En ese abandono de la *Per Se* a ultranza, en donde se aproxima el *Derecho Norteamericano al Europeo* que siempre se asentó en la *Regla de la Razón*.

Finalmente, se ha de determinar que el uso de la *Regla de la Razón* para evaluar los acuerdos de precios y la organización en forma de cárteles, está siendo aceptado. Dicho de otra forma, el uso de la *Regla de la Razón*, los acuerdos de *Fijación de Precios* y los *Cárteles* están permitidos en otras jurisdicciones tales como la *Unión Europea* y *España*. Ambos ordenamientos pueden servir de ejemplo a seguir, a la hora de aplicar la *Regla de la Razón*, sosteniendo que lo que no se acepta, es que con estos acuerdos existe la posibilidad eliminar la entrada total de la competencia.

---

<sup>3</sup>THE SUPREME COURT, 2006 TERM: LEADING CASE: Federal Statutes and Regulations -- Sherman Act -- Minimum Resale Price Maintenance, *Harvard Law Review*, 121 Harv. L. Rev. 425, Disponible en: [http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/leegin\\_v\\_PSKS.pdf](http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/leegin_v_PSKS.pdf), (November, 2007).



## CAPÍTULO I

### LA FIJACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO Y EL DERECHO ANTITRUST

#### ***I.I. La Razón de que la Ley Sherman (Antitrust) se Ocupe de Supuestos de Fijación de Precios***

##### ***A. Historia de Estados Unidos:***

*CAMPBELL MCCONNELL Y STANLEY BRUE*<sup>4</sup>, expresan que la economía de los *Estados Unidos* ha sido construida dentro de la filosofía de mercados libres y competitivos. Las empresas que desenvuelven en dichos mercados han adoptado diversas formas de llevar a cabo sus negocios, ya sea de forma individual o mediante ciertos acuerdos con otras empresas, suscribiendo lo que se conoce como *concentraciones económicas*. Las *concentraciones económicas* se definen como el grado en que un número relativamente pequeño de agentes económicos ejerce el dominio, control o dirección de la actividad económica.

Ese dominio o control de ciertas empresas ha producido una actitud pública desconfiada y temerosa, en general hacia la concentración industrial en dichos mercados. Esta misma desconfianza en los grandes negocios floreció en las décadas siguientes a la *Guerra Civil (1861-1865)*.

No obstante, las concentraciones continuaron aumentando a medida que los medios de transporte mejoraron, produciendo una ampliación de los mercados locales hacia los mercados nacionales. También, la mecanización de la producción y la adopción cada vez más generalizada de las empresas de negocios, bajo la forma de sociedades anónimas contribuyó al desarrollo de dichas concentraciones, consistentes en consorcios o monopolios, en el siglo XIX, en las décadas de los años ochenta y noventa.

---

<sup>4</sup>*Cfr.* MCCONNELL CAMPBELL, R., BRUE STANLEY, L. *Economía*, Décimotercera Edición, Páginas, 681-682. (1997).

De igual forma, las tácticas utilizadas por los monopolios no sólo fueron cuestionables, sino también el poder del mercado resultante fue ejercido en detrimento de todos los que realizaban negocios con ellos. Por ejemplo, los agricultores y pequeños empresarios, así como los consumidores y los sindicatos se vieron perjudicados, frente al crecimiento, concentración, y a las tácticas de las grandes empresas monopolistas. Como resultado, estos pequeños empresarios fueron los primeros en oponerse al dominio que ejercían las grandes empresas.

A raíz de ello, *WILLIAM LETWIN*<sup>5</sup>, dice que el *Derecho de Competencia Norteamericano* comenzó por regular la concentración de las actividades económicas. Una de las concentraciones más conocidas son los llamados “*trust*”. Los “*trusts*” se refieren a un grupo de empresas cuyas actividades se hallaban controladas y dirigidas por otra. El control legal de las sociedades constituyentes se confería a la Junta de Administradores, intercambiándose las acciones de las compañías por los certificados de “*trust*”.

Según *MANUEL PESQUEIRA*<sup>6</sup>, en ese tiempo, los accionistas de las empresas cedieron sus acciones a un número reducido de “*trustees*”. El “*trustee*” es una persona que detenta la propiedad por cuenta de otra, controlando sus bajos costos y unificando su autonomía jurídica y técnica. De esta forma, los “*trustees*” adquirieron el derecho al voto de las acciones y los accionistas, conservando el derecho a la participación en las ganancias. Asimismo, surgió el “*trust*” del petróleo en 1872 y más tarde el del azúcar, el acero, y del whisky.

Más tarde, cuatro grandes empresas del sector de la carne de vacuno<sup>7</sup> decidieron fusionarse o unir sus intereses de negocios para formar una nueva compañía,

---

<sup>5</sup>Cfr. LETWIN, W. *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press. (1965).

<sup>6</sup>Cfr. PESQUEIRA BANDERAS, MANUEL, *El Derecho Frente A La Libre Competencia: Una Visión Retrospectiva*, Revista Temas de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral. Año XVIII, (2003).

<sup>7</sup> Cfr. CALZADA, GABRIEL, *Competencia y Monopolio*, disponible en: <http://liberalismo.org/autor/gcalzada>. (28-30 de septiembre de 2006), Las primeras leyes antitrust de la historia se aprobaron en los EEUU. En las décadas de los 70 y 80 del siglo XIX tuvieron lugar avances espectaculares en la aplicación de nuevas tecnologías en un gran número de sectores económicos de Norteamérica. Cuatro grandes empresas del sector de la carne de vacuno fusionaron verticalmente sus

verticalmente, creando así el conocido “*Trust Vacuno*”. La fusión permitió que esa nueva compañía, pudiera aprovechar diversas innovaciones tecnológicas, y lograra la centralización del proceso de despiece o la división en partes de la carne, y su empaquetado.

También, la fusión fomentó una nueva forma de producción permitiendo poner en práctica la cadena de montaje, y el aprovechamiento de las *economías de escala*<sup>8</sup>. Se conoce como *economía de escala* al proceso mediante el cual los costos unitarios de producción, disminuyen al aumentar la cantidad de unidades producidas.

El *Trust del Vacuno* fue capaz de enviar el producto final de su nuevo sistema productivo, desde sus instalaciones centrales ubicadas en *Chicago*, a cualquier punto de los *Estados Unidos*, utilizando el ferrocarril. También, la aparición de los primeros

---

negocios. Esta unión permitió que la nueva compañía pudiera aprovechar diversas innovaciones tecnológicas y lograra la centralización del despiece y el empaquetado de la carne. Asimismo, esta nueva forma de producción permitió poner en práctica la cadena de montaje en dicho sector y el aprovechamiento de las economías de escala. El Trust del Vacuno, que es como se conoció a la nueva empresa, fue capaz de enviar el producto final de su nuevo sistema productivo a cualquier punto de los EEUU desde sus instalaciones centrales, situadas en Chicago. Esta revolucionaria forma de hacer negocio se benefició enormemente del desarrollo del ferrocarril, que había logrado vertebrar los diferentes mercados regionales del país. La aparición de los primeros vagones refrigerados también fue clave en la puesta en práctica de la nueva manera de producir carne y a la hora de llevarla hasta el consumidor. La consecuencia lógica de estos cambios fue la caída vertiginosa del precio de la carne de vacuno en casi todo el territorio de los EEUU. Sin embargo, no pasaría mucho tiempo hasta que carniceros y vaqueros decidieran constituir un lobby para afrontar el reto que suponía el Trust del Vacuno desde una perspectiva puramente política. En vez de imitar a las cuatro empresas pioneras o tratar de ofrecer servicios diferenciados, los miembros de estos grupos de presión decidieron montar una campaña de denuncias y solicitar al poder político la paralización de las actividades de su exitoso competidor. El esfuerzo que dedicaron a tratar de privar a la nueva empresa de su derecho a competir giró en torno a dos acusaciones principales: 1) se estaba produciendo una gran concentración de tierras en las manos de unos pocos capitalistas; 2) el coste para el consumidor final de la carne no había caído de manera proporcional en relación con la bajada del precio que se pagaba a los criadores de vacuno. Mediante estas curiosas denuncias y una campaña de presión política bien orquestada, en 1899 el estado de Missouri aprobó la primera ley antitrust. Fue un adelanto de lo que luego sería la futura ley federal. Las prácticas encaminadas a lograr una situación de monopolio quedaron prohibidas, pero la ley era lo suficientemente vaga como para no dejar claro a qué prácticas concretas se refería. Ese mismo año se votó y aprobó la primera ley federal antitrust, la Sherman Act, que tomó su nombre del senador que trabajó sin descanso para su implantación. En efecto, John Sherman fue un abierto detractor de los nuevos trusts, especialmente de la Standard Oil. La razón principal que esgrimía era que los trusts reducían artificialmente la producción, con lo que perjudicaban gravemente al consumidor. En teoría, se suponía que esa disminución de la cantidad producida buscaba elevar el precio del bien de consumo. Sin embargo, la realidad del mercado se empeñó en llevar la contraria al senador: entre 1880 y 1890 la producción aumentó un 175% en los sectores en que operaban los mayores trusts, mientras el crecimiento medio de la producción global de todos los sectores de la economía estadounidense fue de un 24%.

<sup>8</sup> SHEFFRIN, STEVEN M. *Economics: Principles in action*. Upper Saddle River, New Jersey 07458: Pearson Prentice Hall. p. 157. ISBN 0-13-063085-3. (2003).

vagones refrigerados fue clave en la producción de la carne y su distribución al consumidor. Por lo tanto, la consecuencia lógica del uso de esta nueva tecnología fue la caída vertiginosa del precio de la carne de vacuno, en casi todo el territorio norteamericano.

Por el contrario, los miembros de los grupos de presión que radican en las pequeñas empresas y los consumidores, en vez de imitar a las cuatro empresas pioneras o tratar de ofrecer servicios diferenciados que cambian con el tiempo; decidieron montar una campaña de denuncias y solicitar al poder político la paralización de las actividades de su exitoso competidor.

Su posición giró en torno a dos acusaciones principales: (1) que se estaba produciendo una gran concentración de tierras en las manos de unos pocos capitalistas; (2) que el costo de la carne fijado para el consumidor final, no había caído de manera proporcional, con la disminución del precio que se pagaba a los criadores de ganado vacuno. Dicho de otra forma, las empresas pequeñas alegaban que los “*trust*” imponían *precios predatorios* por debajo de los costos, y posteriormente subían dichos precios cuando la competencia hubiese sido eliminada. Incluso, las grandes empresas estaban impidiendo la entrada en el mercado de otras empresas, reduciendo así las posibilidades de competir.

Como resultado de estas denuncias y una campaña de presión política bien orquestrada, en 1899, el estado de *Missouri* aprobó la primera ley *Antitrust*. Por medio de esta ley, las prácticas encaminadas a lograr una situación de monopolio quedaron prohibidas. Sin embargo, dicha ley era lo suficientemente vaga porque no establecía cuáles eran las prácticas concretas de monopolio a las se refería.

De todas formas, los “*trusts*” continuaron multiplicándose y florecieron en las principales actividades de la economía norteamericana. Por este motivo, también los otros Estados de *Maine*, *Tennessee*, *Michigan*, *Dakota del Sur*, *Mississippi*, *Kansas*, *Carolina del Norte*, y *Kentucky*, dictaron sus propias leyes para prevenir y sancionar las actuaciones de los “*trust*”.

Por otra parte, en la jurisdicción federal, la primera respuesta legislativa para la regulación de los *trusts* se originó en 1887, a través de la “*Inter State Commerce Act*”. En virtud de esta ley, se permitió que los ferrocarriles operasen normalmente como monopolios. A su vez, la normativa en cuestión estableció un organismo denominado el “*Inter State Commerce Comission*” encargado de la supervigilancia, y reglamentación de los ferrocarriles.

Luego, en 1890, se aprobó la primera Ley Federal *Antitrust* conocida como la “*Sherman Act*”. Esta ley tomó su nombre del senador que trabajó sin descanso para su implantación, llamado *John Sherman*. *Sherman* fue un abierto detractor de los nuevos *trusts*, especialmente de la “*Standard Oil*”. Su postura se basaba en que los *trusts* reducían artificialmente la producción, perjudicando gravemente al consumidor. En teoría, se suponía que esa disminución de la cantidad producida buscaba elevar el precio del bien de consumo.

En otras palabras, el propósito de la *Ley Sherman* era la lucha contra los monopolios, atendiendo la *libre formación de los precios*. El *precio* es el sistema de señales que emana de los mercados y que por tanto marca la finalidad esencial de éstos; o sea que tiene repercusión en el mismo mercado. Por lo tanto, dicho precio no puede ser indiferente para el marco jurídico de éstos, cuyo principal ingrediente es la legislación y la doctrina del *Antitrust*.

Esto quiere decir, que la *libre formación de los precios* está unida con el concepto del *mercado*. El mercado es precisamente el proceso en el que se obtiene la información acerca de las necesidades y de los recursos que permiten las tareas de coordinación que es propia de la actividad empresarial. Esa información se condensa precisamente en los precios de los bienes que a su vez, determinan los precios de los factores de producción o bienes de capital que llamamos costes.

Sin embargo, *RICHARD A. POSNER* dijo que la ley federal básica *Antitrust*<sup>9</sup>, la *Sherman Act* fue promulgada para contrarrestar un trasfondo de una percibida cartelización y monopolización de la economía norteamericana. La sección 1 prohibió los contratos, combinaciones y conspiraciones que limitaran la competencia; la sección 2 atendió la monopolización y los atentados de conspiración para monopolizar. Otras disposiciones del Acta, le impusieron sanciones criminales por su violación, pero también autorizó al Departamento de Justicia a radicar demandas de cese y desista; y a otros litigantes, radicar demandas para recuperar el triple de los daños recibidos.

Debido a que los conceptos monopolio y limitación del comercio tienen una historia proveniente del *Derecho Común* de ambos Inglaterra y Norte América; era natural ver estos actos como la culminación de una tradición legal preocupada por el problema de monopolio, pero esto es incorrecto. El *Derecho Común* (del latín *ius commune*) es un término que se hace referencia como una traducción literal del término *Common Law* (*Derecho Anglosajón*).

El *Derecho Común* de los monopolios y las limitaciones del comercio tiene unos objetivos misceláneos mayormente no relacionados, y en algunas ocasiones antipáticos para la competencia y la eficiencia. Estos objetivos incluyen el sostener la supremacía del Parlamento sobre la *Corona*, impidiendo que la gente suscriba contratos, oponiéndose a las uniones o sindicatos, y limitando la competencia de distribución de bienes. Es cierto que el *Derecho Común* se rehusó a ejecutar los contratos que fueran monopolísticos en un sentido económico, pero no más allá que ninguna política antimonopolio la pudiera distinguir. Dicho de otra forma, no era sencillo identificar algún caso de monopolio en un contrato y que pudiera estar ya legislado por una política *Antitrust*.

Asimismo, los constituyentes de la *Sherman Act* estaban preocupados con el problema de los *trusts*, pero concebían ese problema como uno oscuro y contradictorio a la hora de fijar precios. Por lo que, estaban preocupados con el daño que los precios

---

<sup>9</sup>Cfr. POSNER, RICHARD A., *Antitrust Law*, Second Edition (2001). Richard Posner es un Juez del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Séptimo Circuito y un conferenciante de la Universidad de Chicago de Derecho.

bajos le iban a hacer a los competidores de pequeños negocios; el daño causado por los precios discriminatorios que colocan a los pequeños competidores en desventaja; y cómo los precios altos le hacen daño a los consumidores.

Sin embargo, su preocupación con los precios altos estaba enfocada en la distribución de la riqueza, en vez de localizar los efectos de la *Fijación de Precios* del monopolio en los consumidores. Por lo tanto, la protección de los competidores de los precios bajos y los consumidores de los precios altos eran objetivos incompatibles, con el enfoque de la distribución de riqueza. De la misma forma, se interpretó que los precios monopolísticos por debajo del costo era un esfuerzo para intimidar a los potenciales competidores entrantes.

Los redactores de la *Sherman Act* tomaron prestado cierta terminología del *Derecho Común*, pero sin la intención de codificar los conceptos de competencia y monopolio que había establecido ese mismo *Derecho Común*. La discontinuidad entre el *Derecho Común* tradicional de la regulación del comercio y la *Sherman Act* es importante, porque es frecuente ver un abogado o juez intentando sostener sus teorías *Antitrust*, como referencia a alguna doctrina del *Derecho Común*, e insistiendo que está incorporada dentro de las leyes *Antitrust* de la *Sherman Act*.

En otras palabras, los redactores de la *Sherman Act* utilizaron de modelo al *Derecho Común*, a la hora de preparar dicha acta, pero no incluyeron entre sus disposiciones la jurisprudencia que estaba relacionada con la competencia y los monopolios. Al redactarla de forma muy general, los abogados y los jueces intentan incluir entre sus disposiciones, nuevas interpretaciones de doctrinas que no están expresamente manifestadas en la misma.

Sin duda, la mayoría de los legisladores le importaban mucho más la distribución de los ingresos y la riqueza, que el bienestar de los pequeños negocios, los grupos de consumidores, y la eficiencia de su localización. De todas formas, estos legisladores no prevalecieron cuando redactaron los estatutos estándares que permitirían

a los jueces ordenar las metas y traducirlas en una doctrina coherente, administrable sin hacer serios daños a la economía.

Por ende, para conseguir una guía los tribunales buscaron en consenso los términos contenidos en las ciencias económicas. No hay un principio generalizado de interpretación estatutoria que demuestre que los tribunales se pueden equivocar con esta ruta. Por lo que, siendo consistente con el análisis económico del problema de los monopolios, los tribunales decidieron que los precios colusivos eran ineficientes, deben ser prohibidos, y al mismo tiempo el precio razonable era el precio competitivo.

Por otro lado, entre 1880 y 1890, la producción de los bienes aumentó un 175% en los sectores en que operaban los mayores *trusts*. Igualmente, el crecimiento medio de la producción global de todos los sectores de la economía estadounidense aumentó a un 24%. El resultado de todos estos incrementos en la producción fue la caída de los precios.

Posteriormente, en 1890, el congreso de *Maryland* introdujo una ley que exigía un pago anual a dicha ciudad, por parte de la *Consolidated Gas Company* de \$10.000 al año, más el 3% de todos los dividendos declarados; a cambio del privilegio de disfrutar de un monopolio por el término de 25 años. Este mecanismo es común entre los funcionarios gubernamentales que coluden con los grandes ejecutivos industriales, con el propósito de establecer un monopolio que se aproveche de los consumidores. Luego, se procede a compartir las ganancias del monopolio con los políticos en la forma de derechos de operación e impuestos sobre las utilidades monopólicas. Inclusive, esta forma de operar es especialmente común hoy en día, en la industria de la televisión por cable, gas y electricidad.

Como consencuencia, se produjeron más precios monopólicos de los cuales el público protestó con resentimiento. *Brown* manifestó que “*el público sentía que sus intereses estaban siendo atendidos de forma negligente, mediante el control legislativo de los precios del gas y la electricidad*”. En otras palabras, el público se dio cuenta de que se produjeron tarifas altas a cambio de privilegios monopólicos.

Sin embargo, en uno de los primeros análisis estadísticos de los efectos de la regulación de tarifas en la industria eléctrica, publicado en 1962, *George Stigler* y *Clare Friedland* no encontraron diferencias significativas en los precios y las utilidades de los servicios públicos, con o sin comisiones que las regulen entre los años 1917 y 1932. Realmente, los reguladores iniciales de tarifas *no* beneficiaron al consumidor, sino que eran “*capturados*” por la industria, como sucedió en tantas otras industrias, como la de los camiones y las aerolíneas.

Dieciséis años después del estudio *Stigler-Friedland*, *Gregg Jarrell* observó que 25 Estados sustituyeron regulaciones estatales por municipales, de las tarifas de energía eléctrica entre los años 1912 y 1917. El efecto de esa sustitución fue que se *elevaban* los precios en un 46% y las ganancias en un 38%, mientras se reducía el nivel de producción en un 23%. Esto significa que la regulación municipal fracasó en su intento de mantener bajos los precios.

De todas formas, las grandes industrias querían un incremento aún más rápido de sus precios, por lo que, que presionaron exitosamente para que se establecieran regulaciones estatales que les beneficiara; bajo la teoría de que los legisladores estatales estarían menos presionados por los grupos de consumidores locales. Los resultados de la investigación de *Gregg Jarrell*, son consistentes con la interpretación de *Horace Gray*, sobre la regulación de los servicios públicos que es en realidad un plan anti-consumidor, monopolista y fijador de tarifas.

### ***B. La Promulgación de la “Sherman Act” y Otras Leyes:***

El 2 de julio de 1890, la sección 1 de la Ley Federal “*Sherman Antitrust Act*”, 15 U.S.C.A. § 2, declaró ilegal todo acuerdo, contrato, asociación en forma de “*trust*” o conspiración de otra índole que restrinja el tráfico mercantil, o el comercio entre varios Estados o Naciones Extranjeras.

La empresas implicadas son merecedoras de multas que no excederán de diez millones (\$10,000,000) de dólares, si es una corporación. Pero, si es una persona

particular la multa será de trescientos cincuenta mil (\$350,000) dólares, o una pena restrictiva de libertad que no excederán de tres años, o ambas penas a discreción del Tribunal.

Asimismo, la sección 2 dispuso que cada persona que monopolice o intente monopolizar, o combine o conspire con otra persona para monopolizar cualquier parte del comercio entre los Estados o Naciones Extranjeras, sea culpable de un delito grave y convicto.

De igual forma, el culpable será castigado con una multa que no excederá de diez millones (\$10,000,000.00) de dólares si es una corporación, pero si es una persona natural será de trescientos cincuenta mil (\$350,000.00) dólares, o una pena de cárcel que no excederá de tres años o ambas penas a discreción del Tribunal.

Sin embargo, la “*Sherman Act*” adolecía de algunas imprecisiones que le permitieron a los “*trusts*” seguir operando con cierta tranquilidad. Así que en 1903, el *Congreso Norteamericano* por iniciativa del *Presidente Roosevelt*, aprobó la creación de una oficina dependiente del *Ministerio de Comercio y Trabajo*, encargada de investigar las actividades de las grandes corporaciones.

Simultáneamente, se promovió que no se debía prohibir, ni eliminar los “*trust*”, sino aprovechar las ventajas que ofrecían, pero previniendo la comisión de actos que sean restrictivos de la competencia. Hasta cierto punto, esta nueva doctrina inspiró las sentencias del *Tribunal Supremo* de 1911, en el proceso contra *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, y la de *U.S. v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911) 221. Conforme con lo resuelto en estas sentencias, la concentración de empresas no podía considerarse *per se* ilegal. Sólo tendría tal carácter, en la medida en que no siendo razonable o justificable, persiguiese o intentase restringir el comercio. Pero, siempre y cuando se tratase del comercio entre los Estados de la Unión, o de éstos con el exterior.

Un tiempo después, el 15 de octubre de 1914, la administración norteamericana, encabezada por *Woodrow Wilson* promulgó la “*Clayton Act, 15 U.S.C. & 12, et seq.*”. Esta acta pretendió complementar los vagos propósitos de la “*Sherman Act*”, y determinar las condiciones para su aplicación. La “*Clayton Act*” abordó el tema de los actos discriminatorios con relación a los precios. Además, reguló ciertos aspectos relativos a las concentraciones, y algunas prácticas desleales restrictivas.

Para perfeccionar todo el esquema, también en el 1914, se dictó la “*Federal Trade Commission Act*”, que a su vez creó la agencia federal independiente denominada como “*Federal Trade Comission<sup>10</sup>*”, *Comisión Federal de Comercio<sup>11</sup>*, o *FTC*. Junto a la *FTC*, la División “*Anti-Trust*” del *Ministerio de Justicia o Departamento de Justicia*, quien es el organismo encargado de desarrollar y ejecutar las regulaciones en Puerto Rico; ha cooperado con el establecimiento de la normativa sobre competencia.

Para minimizar la posibilidad de duplicidad de acciones, el *Ministerio de Justicia*, y la *FTC* firmaron un acuerdo de relaciones. Según este acuerdo, la persecución civil de la discriminación de precios basada en la “*Robinson Pat-man Act, 15 USC & 13 (1926)*”, será en exclusiva de la *FTC*. Mientras que las posibles violaciones criminales del *Derecho de la Competencia* que son castigadas penalmente, serán del *Ministerio de Justicia*.

A finales de la década del treinta, la política antimonopolística norteamericana sufrió un nuevo impulso, a la mano de *Thurman Arnold*. Bajo su supervigilancia, se iniciaron acciones en contra de las empresas de vidrio, tabaco, cemento, construcción, etc.

Otro factor determinante en la aplicación del Derecho “*Anti-Trust*” en los *Estados Unidos*, ha sido la forma en que se ha reglamentado las reclamaciones por indemnizaciones de los perjuicios sufridos, en virtud de las prácticas restrictivas

<sup>10</sup>*Federal Trade Comission*, Disponible en: <http://www.ftc.gov/>. (2014).

<sup>11</sup>*La Comisión Federal de Comercio*, Disponible en: <http://www.usa.gov/gobiernousa/directorios/federal/comision-federal-comercio.shtml>. (12 de junio de 2014).

ilegales. En efecto, la legislación estadounidense se caracteriza por permitir a los perjudicados recuperar de los infractores, hasta tres veces del importe de los daños que puedan acreditar.

Luego en 1937, el Congreso aprobó la “*Miller-Tydings Fair Trade Act, 50 Stat. 693*”, que convirtió en legales las limitaciones verticales de los precios, si eran autorizadas por una ley de competencia justa que fuera promulgada por algún Estado. Quince años después, en 1975, el Congreso expandió otra exención mediante la “*Consumer Goods Pricing Act*”, 89 Stat. 801, para permitir los acuerdos de fijación de precios verticales, entre manufactureros y distribuidores que no estaban envueltos en el acuerdo inicial. Sin embargo, en 1975 el Congreso revocó ambas actas.

En 1950, se creó el “*Celler-Kefauver Act, 15 U.S.C. § 18 (1950)*” que modificó la Sección 7 del “*Clayton Act*”, y prohíbe a las empresas adquirir acciones de capital de sus rivales, cuando el resultado de la adquisición sea para reducir la competencia. Las empresas podían evadir la aplicación de la Sección 7 adquiriendo activos físicos, tales como planta física y equipo de las empresas competidoras en lugar de sus acciones de capital.

Después, en 1982 se promulgó la “*Foreign Trade Antitrust Improvements Act, 15 USC Sec 6<sup>a</sup>.*”, que resolvió que las empresas que no tienen presencia en *Estados Unidos*, podrían quedar sujetas a la normativa estadounidense en los supuestos de colusión o monopolización, si tienen un efecto directo, sustancial, y razonablemente previsible sobre el comercio norteamericano. La aplicación práctica de esta última disposición es mínima, depende en muchos casos del estado de las relaciones internacionales, y de las posibles inmunidades que el derecho de competencia extranjero otorgue a la empresa extranjera.

***Puerto Rico:***

En *Puerto Rico*, la legislación<sup>12</sup> que regula el *Derecho de Competencia* es la *Ley Núm. 77 de 25 de junio de 1964*, según enmendada, y conocida como la “*Ley Para Prohibir las Prácticas Monopolísticas y Proteger la Justa y Libre Competencia en los Negocios y el Comercio*”. Ésta ley se creó para proteger al pueblo, asegurando a éste en general y a los pequeños comerciantes en particular, los beneficios de la libre competencia. Aquí se reconoce que es necesario fortalecer la posición competitiva del pequeño comerciante, incluyendo a los manufactureros proveedores de servicios.

Además, dicha ley no exime de responsabilidad a los profesionales, asociaciones y competidores, que lleven a cabo acciones concertadas o conspiraciones, que tengan el propósito de restringir irrazonablemente los negocios o el comercio; o que constituyan prácticas o métodos injustos de competencia en especial en el sector de los servicios y en el mismo nivel de la cadena de distribución.

La sección 258 dispone que todo contrato, combinación en forma de “*trust*” o en otra forma, o conspiración para restringir irrazonablemente los negocios, o el comercio en el *Estado Libre Asociado de Puerto Rico* son ilegales. Las penalidades que aplican a cualquier persona que viole esta ley son, que será culpable de delito menos grave y convicta con una multa que no será menor de cinco mil (\$5,000) dólares, ni mayor de cincuenta mil (\$50,000) dólares; o prisión que no excederá de un (1) año, o ambas penas a discreción del Tribunal. Inclusive, las personas acusadas tendrán derecho a juicio por jurado.

Además, la sección 260 dispone que toda persona que monopolice o intente monopolizar, o que se combine o conspire con cualquier otra persona, con el objeto de monopolizar cualquier parte de los negocios, o el comercio en el *Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, será considerada culpable de un delito menos grave.

---

<sup>12</sup>*Cfr.* SAFERSTEIN, HARVEY I. *State Antitrust Practice and Statutes* By American Bar Association. Section of Antitrust Law, Pág. (42-1)-(42-30) 4<sup>th</sup> Edition (2009).

Conjuntamente, los tribunales puertorriqueños interpretan el derecho de antimonopolio local, incorporando dicha jurisprudencia pertinente a la ley federal, *Caribe BMW v. Bayerische Motor en Werke*, 19 F.3d 745, 754 (1st Circ. 1994).

Para que pueda constituirse un monopolio, es necesaria la existencia de algún convenio, división de las utilidades en forma directa, contratos de naturaleza restrictiva, o la existencia de elementos semejantes que deben probarse, además de la simple combinación o confabulación que se ha alegado, *Pueblo v. Galanes*, 15 D.P.R. 390 (1909).

En esta clase de delitos es necesario probar la existencia de una organización determinada como una entidad jurídica, comprendida dentro de alguna definición conocida de la palabra monopolio. Pero aún en el supuesto de que se haya organizado un monopolio, eso no es suficiente para declarar culpables a los acusados, *Pueblo v. Galanes*, *supra*.

Son elementos criminosos de un monopolio, la destrucción de la competencia ejercida libre y legalmente; así como también el perjuicio que pudiera causarse al público. Por lo tanto, existe un monopolio cuando todo o casi todo un artículo de negocio o comercio en una comunidad o distrito, viene a las manos de una persona o conjunto de personas, de tal manera, que el negocio o producción de la mercancía o cosa de que se trate, esté bajo el predominio o control únicamente de dicha persona o conjunto de personas, con exclusión de toda competencia o libre tráfico en relación con la misma.

Otro de los elementos principales que debe coexistir con un monopolio es un predominio absoluto del precio del artículo en una comunidad. Entonces, para aplicar este elemento en contra de la empresa acusada, se debe presentar prueba de que la empresa tenía una intención específica de monopolizar, ya sea controlando dichos precios o destruyendo la competencia, ya sea unilateralmente o en combinación con otra(s). También, hay que probar que se incurrió en una conducta anticompetitiva o predatoria dirigida hacia tal propósito, y que haya un mínimo de probabilidades de que

dicha tentativa tenga éxito, *Pressure Vessels P.R. v. Empire Gas P.R.*, 137 D.P.R. 497 (1994). Por el contrario, todo aquello que no reúna todos estos requisitos no puede calificarse como un monopolio, *Pueblo v. Galanes*, *supra*.

Para resolver estas controversias sobre monopolio, el Tribunal de Puerto Rico ofrece varios remedios bajo las leyes antimonopolísticas. Uno estos remedios que a diferencia de la legislación federal antimonopolística se puede invocar, es el derecho de nivelación, *P.R. Fuels, Inc. v. Empire Gas Co., Inc.*, 149 D.P.R. 691 (1999).

Tanto el estatuto federal contra monopolios, como el de *Puerto Rico* han continuado en toda su fuerza y vigor; incluso después de aprobarse alguna legislación de emergencia tanto federal con la *Ley de Rehabilitación Industrial Nacional*, como local con la *Ley Núm. 2 de 1933*.

Cualquier persona que viole las disposiciones de las leyes contra monopolios, bien antes o después de aprobarse alguna legislación de emergencia, está sujeta a ser procesada y castigada. Sin embargo, puede escapar de responsabilidad, si prueba que los actos que se le imputan están autorizados por un código, convenio o licencia, aprobados, prescritos y expedidos, en la forma provista por dicha legislación de emergencia, *Pueblo v. Shell Co. (P.R.) Ltd.*, 56 D.P.R. 57 (1940).

Además, un monopolio se justifica por vía de excepción, cuando las *circunstancias geográficas, poblacionales y económicas*, o cuando la naturaleza del servicio a prestarse o del producto a venderse son tales, que una comunidad queda mejor servida por un monopolio que por la ausencia de éste, *Protane Gas Co. of P.R. v. Ramos*, 95 D.P.R. 419 (1967).

### ***C. La Protección del Principio de la Soberanía del Consumidor:***

La *competencia* es un atributo del mercado en cuanto que consiste en un proceso de asignación de recursos escasos a la cobertura de necesidades; y tanto más eficiente será cuanto mejor exprese las necesidades los demandantes, a través de los mecanismos

de mercado, porque entonces los empresarios ajustarán su actividad y sus precios de acuerdo al *principio de soberanía del consumidor*.

Un *consumidor* es una persona u organización que demanda bienes o servicios proporcionados, por el *manufacturero*, *productor* o el *proveedor* de dichos bienes o servicios. Mientras que el *manufacturero* se dedica a fabricar o elaborar dichos bienes y servicios así como a organizar el trabajo.

El *principio de soberanía del consumidor* refleja que en un sistema capitalista, los *manufactureros o productores* se verán obligados debido a la competencia, a utilizar sus recursos de forma que puedan satisfacer la demanda de los consumidores. Para que opere dicho *principio*, es preciso que en el mercado *rivalicen y compitan los operadores entre sí*. En otras palabras, se aplica una fusión de muchas estrategias y factores entre los manufactureros, sus distribuidores y competidores, para satisfacer las necesidades del consumidor.

Al mismo tiempo, para poder seguir aplicando dicho principio a favor del consumidor, el mercado necesita del auxilio del Estado; porque los operadores están dispuestos a terminar con la competencia, ya sea mediante acuerdos colusorios o la cartelización o concentración, o el monopolio, todas esas figuras provenientes de la ley *Antitrust*. Esta legislación *Antitrust* del *Sherman Act*, sigue de cerca la escuela de pensamiento *Neoclásica*, para que ninguno de los competidores pueda imponerle limitaciones irrazonables a la competencia.

#### **D. Escuela Neoclásica:**

La *Escuela Neoclásica* responde a un modo de pensar propio de las ciencias naturales y de los modelos matemáticos, que acaba por concluir en el constructo mental de la *Competencia Perfecta*<sup>13</sup>. La *Competencia Perfecta* es la situación en la que el

---

<sup>13</sup> Cfr. CALZADA GABRIEL, *Competencia y Monopolio*, Disponible en: <http://liberalismo.org/autor/gcalzada>. Tenerife, (28-30 de septiembre de 2006), A continuación enumeraremos, siguiendo la conocida caracterización del profesor JESÚS HUERTA DE SOTO, los principios fundamentales de la teoría neoclásica que dan pie al modelo de competencia perfecta; después trataremos de analizar si el modelo al que conducen tiene relación o no con la libre competencia en un

mercado es lo más competitivo posible. Esto quiere decir, que todos los agentes son precio-aceptantes, y por lo tanto, no tienen ningún poder para influir en sus precios, obteniendo las empresas el mínimo beneficio necesario para poder mantener la producción.

La *Escuela Neoclásica* surge a partir de la década de 1870. Entre sus precursores se encuentra *Wilfredo Pareto*. La postura de *Pareto* se concentró en que el precio de todas las cosas es el resultado del equilibrio entre su oferta y su demanda. Esto se conoce como el equilibrio de *Pareto*. Este equilibrio conduce al constructo mental de que la competencia perfecta necesita el auxilio del Estado.

Es decir, la *Escuela Neoclásica* procura un elemento de *Intervencionismo*. Lo que significa, que el Estado ha llegado hasta intervenir en el mercado para que la competencia se mantenga libre, mediante la legislación *Antitrust* que a su vez sigue de cerca el concepto de la *Competencia Estática* o la *Visión Estática de la Eficiencia*<sup>14</sup>.

---

mercado libre. Se utiliza una teoría de la decisión (en vez de una teoría de la acción) en la que los fines y los medios están dados. Por lo tanto, el problema económico se reduce a maximizar el beneficio bajo ciertas restricciones conocidas; el protagonista de acción económica es el *homo economicus* y no el ser humano: no hay acción sino reacción; no hay creatividad sin patrón; no hay creación ni descubrimiento de medios o fines. De modo que, como afirma Jesús Huerta de Soto, la función empresarial queda reducida a un mero factor de producción cuya demanda y asignación depende de los beneficios y costes esperados (lo que a su vez implica que se cuenta con una información mucho tiempo antes de que haya sido creada); Los costes son objetivos desde el momento en que se incluyen en la función de producción y se abandona el concepto de coste de oportunidad subjetiva; El beneficio proviene del riesgo (en lugar de ser una consecuencia de la incertidumbre), de modo que se analiza como si de un coste cierto se tratara; No existe posibilidad de error puro, porque no se concibe el error empresarial; La información es vista como algo objetivo. Hay una información completa (en términos ciertos o probabilísticas) de medios y fines, que se compra y se vende como parte del proceso de maximización. Cuando el carácter subjetivo de la información en el mundo real resulta evidente los teóricos del paradigma neoclásico lo consideran un fallo del mercado, al que denominan *asimetría de la información*; Las características precedentes ayudan a crear un modelo de equilibrio en el que el fenómeno económico es fácilmente matematizable; De acuerdo con estos principios, se construyen modelos de equilibrio fundamentados en relaciones mecánicas y agregados acientíficos que conducen a conceptos estáticos, como el de competencia perfecta. La teoría neoclásica construye el modelo de competencia perfecta partiendo de estos postulados. Se trata de un modelo en el que, como veremos, no queda claro por qué se dice que hay competencia y, menos aún, por qué se afirma que es perfecta. Perfecta o no, la competencia a que hace referencia es la negación más palpable de la libre competencia. Para poder considerar que estamos ante un marco de competencia perfecta es preciso que se den las siguientes condiciones: Todos los productores de un bien en el mercado tienen que ser pequeños en relación a la oferta total de ese bien en todo el mercado; La mercancía producida y vendida por los diferentes productores tiene que ser homogénea; los recursos han de ser móviles. No puede haber restricciones en lo que se refiere a la entrada, la demanda, la oferta o el precio; Toda la información de mercado relevante tiene que ser correcta y plenamente conocida por todos los participantes en el mismo.

<sup>14</sup>Cfr. DE SOTO HUERTA, *LA TEORÍA DE LA EFICIENCIA DINÁMICA*, Catedrático de Economía Política, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. Web: [www.jesushuertadesoto.com](http://www.jesushuertadesoto.com), pag. 33. Por un lado,

Según, *JUAN RAMÓN RALLO*<sup>15</sup>, la *Competencia Estática* es una situación en la que hay un número tan grande de empresas, que ninguna de ellas puede influir sobre el precio al que vende sus productos. Para que esta situación subsista, es necesario que ninguna compañía se destaque sobre el resto. Además, pone en pie otros requisitos tales como:

1. Que todas las empresas vendan exactamente el mismo producto.
2. Que ninguna empresa aplique mejoras en sus métodos productivos.
3. Que las condiciones económicas se mantengan estables o si se producen cambios, que éstos sean anticipados al mismo tiempo y del mismo modo por todas las demás empresas.

Sin embargo, puede darse el caso que los productos de una empresa no todos sean homogéneos<sup>16</sup> o sea productos que son idénticos entre sí o indistinguibles unos de

---

este autor (Rothbard) ha insistido en que el ideal de «eficiencia estática», estudiado con carácter dominante por los teóricos de la economía del bienestar, no es sino un mito, pues exige para su manejo operativo un marco dado de fines y medios que nunca puede llegar a existir, ni mucho menos a conocerse, en una realidad social constantemente cambiante.

<sup>15</sup>Cfr. RALLO, JUAN RAMÓN, *Dos Conceptos de Competencia: Los Taxis contra Microsoft*, disponible en: <http://ilustracionliberal.com/44/>. (2010). La de la competencia estática es la definición empleada por la inmensa mayoría de los economistas. Según esta perspectiva, la competencia es una situación en la que hay un número tan grande de empresas, que ninguna de ellas puede influir sobre el precio al que vende sus productos. Hablamos, pues, de empresas *precio-acceptantes*. Obviamente, para que esta situación se mantenga en el tiempo es necesario que ninguna compañía destaque sobre el resto (en caso contrario, alguna comenzaría a acaparar a los clientes de las demás); es decir, que todas sean igual de mediocres. Y para universalizar la mediocridad es necesario exigir a su vez:

- a. que todas las empresas vendan exactamente el mismo producto;
- b. que ninguna empresa aplique mejoras en sus métodos productivos;
- c. que las condiciones económicas se mantengan estables, o, si se producen cambios, que éstos sean anticipados al mismo tiempo y del mismo modo por todas las empresas.

En caso de que los productos no sean homogéneos o de que no todas las compañías posean una información perfecta sobre los métodos de producción y sobre las preferencias presentes y futuras de los consumidores, alguna podrá ser más perspicaz que el resto a la hora de servir a sus clientes y, por tanto, incrementar su cuota de mercado, lo que le permitirá influir directamente sobre los precios y la calidad de la mercancía (obtendrá *poder de mercado*), quitando así soberanía al consumidor. Esto equivale a reputar como políticas contrarias a la competencia fenómenos y prácticas empresariales tan ordinarios como las fusiones, las adquisiciones, la inversión en I+D, la publicidad, el cuidado de la marca, la personalización de los productos, los acuerdos de distribución, los secretos comerciales o, simplemente, las desiguales estimaciones empresariales de las necesidades de los consumidores. En otras palabras, equivale a reputar como contraria a la competencia la mera actividad empresarial. Lo cual, por cierto, no quiere decir que los defensores de la visión estática de la competencia sean favorables a prohibir todas las prácticas anteriores (ya que, pese a restringir la competencia, podrían terminar teniendo un efecto neto positivo sobre el bienestar social), sino que tales prácticas son vistas con suspicacia en tanto nos alejarían del modelo ideal de competencia perfecta.

<sup>16</sup>*Productos Homogéneos*, Disponible en: [http://es.mimi.hu/economia/productos\\_homogeneos.html](http://es.mimi.hu/economia/productos_homogeneos.html). (2014).

otros con funciones de *demanda perfectamente elásticas*<sup>17</sup>. En ese tipo de *demanda perfectamente elástica*, los bienes y servicios son muy sensibles a los cambios en los precios, en los mercados de factores y bienes.

Inclusive, puede pasar que no todas las compañías posean una información perfecta sobre los métodos de producción, y sobre las preferencias presentes y futuras de los consumidores. Dicho de otro modo, una empresa puede que no siga los parámetros uniformes ya establecidos, y que sea mucho más astuta que el resto a la hora de servir a sus clientes; ocasionando un incremento en su cuota de mercado, lo que más tarde le permitirá influir directamente sobre los precios y la calidad de la mercancía. Por lo tanto, lucirá como que tiene un *Poder de Mercado*<sup>18</sup>.

En otras palabras, esa empresa tiene la capacidad para fijar precios y condiciones de la competencia, sin perder su participación en el mercado. Como consecuencia de este comportamiento, le quitará la *soberanía al consumidor*, porque está considerando sólo sus propios intereses.

Adicionalmente, los *neoclásicos* decían que cada medida pública era adoptada con el objetivo incuestionable, de aproximarse al mercado ideal perfectamente competitivo, que permite lograr en realidad un grado de *eficiencia social* en la asignación de los recursos. Según ellos, la noción de *eficiencia social* está perfectamente definida y supone la posibilidad de considerar la sociedad como un decisor individual, con una única e integrada jerarquía de *preferencias sociales* que deben ser satisfechas, a través de la utilización eficiente de los recursos físicos escasos de la sociedad.

Las *preferencias sociales*<sup>19</sup> son capaces de modificar la distribución material y los costos entre grupos de personas. Además, existen recompensas o sanciones sociales

---

<sup>17</sup>*Demanda Elástica*, Disponible en: [http://es.mimi.hu/economia/demanda\\_elastica.html](http://es.mimi.hu/economia/demanda_elastica.html). (2014).

<sup>18</sup>*Poder de Mercado*, Disponible en: [http://es.mimi.hu/economia/poder\\_de\\_mercado.html](http://es.mimi.hu/economia/poder_de_mercado.html). (2014).

<sup>19</sup>*Preferencias Sociales*, Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2010a/647/Economia%20Experimental%20y%20las%20preferencias%20sociales.htm>. (2014).

para las personas que actúan o no de manera pro-social, lo cual significa que la gente actúa en función al tipo de sociedad al que pertenece.

### *E. Escuela Austríaca*

Otra escuela de pensamiento que interpreta el concepto de *Competencia* y la *Soberanía del Consumidor* es la *Escuela de Austria*. Para los austríacos, la *Competencia* es el resultado de *la libertad* en el ejercicio de la empresa, que exige desempeñarla con arreglo a *la información* que suministra un mercado *no intervenido*; porque toda *intervención* supone una interferencia con la competencia.

Además, dicha escuela dispone que no debiera existir ninguna ley *Antitrust*, porque toda ley supone un elemento de intervención que distorsiona el eficiente funcionamiento del mercado, que puede exigir en beneficio del consumidor, actos que según la ley *Antitrust* serían prohibidos; pero que en cuanto vienen determinados por el mercado libre son precisamente actos de competencia que buscan la *soberanía del consumidor*.

*THOMAS DILORENZO* dice que en el espíritu de la *Escuela Austríaca*, sus propulsores entendían que la *competencia* era un proceso vivo, y que la predominancia en el mercado era siempre temporal, en ausencia de regulación gubernamental creadora de monopolios.

Un ejemplo de cómo la intervención afecta la competencia es la creación de legislación en contra de los “*cárteles*”. Los *cárteles* se refieren a una asociación de empresas independientes en las mismas o similares ramas de la industria, creadas con el propósito de aumentar las ganancias de sus miembros, haciéndola sujeta a actividades competitivas para formar un control común. A fines de siglo diecinueve, estos *cárteles* estaban de hecho bajando sus precios, y expandiendo su producción más rápido que el resto de la economía. Éstas eran las empresas más dinámicas y competitivas de todas las industrias no monopolistas. Dicho de otra manera, los cárteles con sus precios bajos,

estaban llevando a cabo actos de competencia, que indirectamente buscaban la *soberanía del consumidor*.

De igual forma, la *Escuela de Austria* sigue de cerca la “*Visión Dinámica*” de la *Eficiencia*<sup>20</sup>. Su máximo exponente es *Israel Kirzner*. En la *visión dinámica*, lo esencial es la libertad de entrada en el mercado y la libertad de propiciar la estrategia de precios que deseen para atraer al consumidor, ya que éste con sus preferencias sociales es el líder del mercado.

Inclusive, para aclarar las dudas sobre las *preferencias sociales* de los *consumidores* y la *información* que brinda, tenemos a *JUAN RAMÓN RALLO*<sup>21</sup> en su artículo, “*Competencia Como un Proceso de Descubrimiento*” y a *O’DRISCOLL Y RIZZO*<sup>22</sup> en su libro *The Economics of Time and Ignorance*. Ambos, manifiestan que si

---

<sup>20</sup> Cfr. KIRZNER, ISRAEL M. *Escuela Austríaca de Economía*, Disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/Kirzner-austriaca.htm>. (1998).

<sup>21</sup> Cfr. RALLO, JUAN RAMÓN, *Dos Conceptos de Competencia: Los Taxis contra Microsoft*, disponible en: <http://ilustracionliberal.com/44/>. (2010). "No sería difícil defender que los microeconomistas han estado analizado la competencia durante los últimos cuarenta o cincuenta años bajo hipótesis que, de ser ciertas, convertirían la competencia en algo totalmente inútil e irrelevante", anotaba Hayek al principio de su célebre artículo "Competencia como un proceso de descubrimiento"; y añadía: "Si todo el mundo conociera de antemano todo eso que la teoría económica denomina datos, entonces la competencia sería un proceso muy costoso para lograr que la realidad se ajustara a esos hechos. Con esta reflexión, el austriaco estaba sin duda respondiendo a Lange, con su descabellada idea de que el socialismo es algo así como la culminación del proceso competitivo. De acuerdo con el Nobel de Economía de 1974, es posible distinguir entre dos conceptos de competencia, que nosotros agruparemos bajo las denominaciones de *competencia estática* y *competencia dinámica*. Para comprender adecuadamente la competencia hemos de reconocer que, simplemente, *no sabemos* qué bienes obtendrán mañana el favor del consumidor, pues en buena medida este dato sólo se conoce *a posteriori*, cuando todos los empresarios han llevado al mercado sus respectivas ofertas de bienes y los consumidores, atendiendo a sus cambiantes gustos, circunstancias y expectativas, han elegido. De ahí que Hayek dijera con toda propiedad que la competencia es un proceso de descubrimiento: La única justificación que cabe encontrar para hacer uso de la competencia es la de no saber las circunstancias esenciales que van a determinar el comportamiento de nuestros competidores (...) Me gustaría considerar la competencia un proceso sistemático para descubrir hechos que, si ese proceso no existiera, seguirían siendo desconocidos o no serían utilizados.

<sup>22</sup> Cfr. HUERTA DE SOTO, JESUS *LA TEORÍA DE LA EFICIENCIA DINÁMICA*, Catedrático de Economía Política, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. Disponible en: [www.jesushuertadesoto.com](http://www.jesushuertadesoto.com). (1997). O’Driscoll y Rizzo, en la misma línea, explican en su libro *The Economics of Time and Ignorance*, que no se debe criticar, como a menudo hacen los economistas neoclásicos, el proceso real de mercado por no estar sobre el límite de la curva de posibilidades máximas de producción, es decir, por no ser estáticamente eficiente debido a la existencia de supuestos «fallos» de mercado. Y es que, según estos autores, tal crítica supone que pueda llegar a conocerse una información que sólo genera el propio proceso real de mercado y que, por tanto, si se conociera a priori haría tal proceso innecesario y redundante. Es decir, nadie puede conocer la curva de posibilidades máximas de producción porque ni siquiera está dada, sino que continuamente está trastrocándose y moviéndose hacia la derecha como resultado de la creatividad empresarial. Criticar al mercado por no encontrarse sobre un límite que nadie conoce y que continuamente está cambiando, no sólo es un grave error desde el punto de vista

todo el mundo conociera de antemano lo que la teoría económica denomina como *datos*, entonces la competencia sería un proceso muy costoso para poder lograr que la realidad se ajustara a esos hechos anteriores.

También, se expresó que el hecho inevitable del carácter disperso de la información privada, hace que la idea de la *eficiencia estática* en la asignación social de los recursos resulte incoherente.

En otras palabras, no existe una única mente que conozca de antemano toda la información pertinente; y que a través de sus decisiones determine anticipadamente todas las formas en que se van a utilizar todos los recursos en la economía de mercado. Aunque existiera, no se podría disponer de todos los aspectos de la información que actualmente son conocidos o que pueden ser descubiertos posteriormente en el futuro por los individuos.

Entonces, para poder conseguir esa información útil debemos conocer el proceso a través del cual el mercado desempeña su función. Éste es el *proceso de competencia empresarial* en el que los errores, como los fallos a la hora de aprovechar algunos aspectos potenciales se corrigen. Como resultado de ese proceso de búsqueda de información, las empresas entrantes se ilustran para aprovechar los beneficios que son generados por esos mismos errores preexistentes.

Tampoco, se puede anticipar el precio correcto de un producto o servicio. Esto se conoce como el *precio de equilibrio competitivo*. Es el propio proceso de *competencia dinámica* el que revela cuál precio es demasiado alto y qué precio es demasiado bajo.

Nadie puede asegurar la cantidad exacta que se generará de ingresos. Por eso, el *proceso* de conseguir información podría resultar como un influjo de información útil e

---

metodológico, sino que además puede llevar al desatino de justificar determinadas políticas de intervencionismo económico que terminen por dificultar el proceso real de mercado que, precisamente, es el principal impulsor del continuo aumento cuantitativo y cualitativo de las posibilidades de la frontera de producción.

inesperada para las empresas, que no sólo podría determinar el precio de equilibrio sino los ingresos que se generarán.

Por lo tanto, la mejora de los resultados económicos sociales no consiste en ejercer ciertas actividades que de alguna forma, estén más próximas al estado ideal imaginado de la *competencia perfecta*. Si no, que consiste en una serie de actividades destinadas a conseguir información útil, corregir esos errores, e inspiradas por el afán de lucro empresarial, el cual a su vez instiga la entrada competitiva buscando satisfacer las necesidades del consumidor.

En otras palabras, los agentes implicados en el mercado deben tener la libertad de poder proponer planes alternativos y competitivos, para satisfacer los deseos de sus consumidores, ya sea disminuyendo los precios de acuerdo a sus necesidades. Para ello, lo más recomendable es emplear todos los recursos empresariales que sean pertinentes, consistentes en compañías de diferentes tamaños, diseños industriales, decisiones de inversión en I+D (Investigación y Desarrollo), logística, publicidad, imagen corporativa, atención al cliente; alianzas de diverso tipo, etc.

Por otro lado, otro autor que se expresa en cuanto al concepto de *dinamismo empresarial* y cómo produce información, es *HUERTA DE SOTO*<sup>23</sup>. Primeramente, este

---

<sup>23</sup> Cfr. HUERTA DE SOTO, JESUS, *LA TEORÍA DE LA EFICIENCIA DINÁMICA*, Catedrático de Economía Política, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. Disponible en: [www.jesushuertadesoto.com](http://www.jesushuertadesoto.com). (1997). El criterio de eficiencia dinámica está indisolublemente unido al concepto de función empresarial y, de hecho, la plena comprensión del concepto económico de eficiencia dinámica que vamos a presentar exige que, con carácter previo, repasemos, siquiera sea brevemente, cuáles son el concepto y las características básicas de la función empresarial, entendida como la principal impulsora de la creatividad y de la coordinación que surgen espontáneamente en el mercado. El término «función empresarial» o «empresarialidad» etimológicamente procede del latín *in prehendō*, que significa «descubrir», «ver», «darse cuenta» de algo. En este sentido podemos definir la función empresarial como *la capacidad típicamente humana para darse cuenta de las oportunidades de ganancia que surgen en el entorno actuando en consecuencia para aprovecharse de las mismas*. La función empresarial implica, por tanto, una especial *perspicacia*, que el *Diccionario* de nuestra Real Academia define como la «vista o mirada muy aguda y que alcanza mucho». También es plenamente aplicable a la idea de empresarialidad que estamos explicando el término *especular*, que etimológicamente también procede del latín, en este caso del término *specula*, que se utilizaba para designar a las torres desde las que los vigías podían ver a distancia lo que iba a venir. Las características más importantes del concepto de función empresarial que acabamos de introducir, cara al criterio de eficiencia dinámica que estamos estudiando, son las siguientes. *En primer lugar*, la función empresarial siempre genera nueva información, es decir, todo acto empresarial supone el descubrimiento de una información nueva que antes no tenía el actor (una oportunidad de ganancia que previamente había pasado inadvertida). Esta información que constantemente crean los empresarios cuando actúan es subjetiva, práctica (en el sentido de que sólo se

crea mediante el ejercicio de la acción empresarial en sus correspondientes contextos), dispersa (pues está diseminada en la mente de todos los seres humanos) y tácita (en el sentido de que es muy difícilmente articulable de manera formalizada). *En segundo lugar*, la función empresarial, por su propia naturaleza, es esencialmente creativa. Significa ello que todo desajuste social se plasma en una oportunidad de ganancia que queda latente para ser descubierta por los empresarios. Así, por ejemplo, si B no valora y utiliza mal un recurso R que es altamente necesitado por A, es obvio que ello implica la existencia de un desajuste social que da lugar a una oportunidad de ganancia: basta que un empresario C se dé cuenta de ese desajuste, para que compre barato el recurso a B y se lo venda caro a A, obteniendo de esta manera un «beneficio empresarial puro». Por tanto, cuando un empresario se da cuenta de una oportunidad de ganancia que previamente había pasado inadvertida, *crea* una información en su mente que antes no existía, que resulta, una vez se lleva a cabo el acto empresarial, en la obtención de un beneficio empresarial puro. *En tercer lugar*, la función empresarial transmite información. En efecto, si un empresario C compra barato a B un recurso R que tiene en abundancia y malutiliza, para vendérselo caro a A, que lo necesita con urgencia, *transmite* a A y B la información de que el recurso R está disponible y debe guardarse, y a todo el mercado, en oleadas sucesivas, que alguien está dispuesto a pagar por R un buen precio de mercado (los precios de mercado son señales muy potentes en el sentido de que transmiten mucha información a un coste muy reducido). *En cuarto lugar*, la función empresarial es coordinadora. Como consecuencia del acto empresarial que venimos describiendo, A y B aprenden a disciplinar o coordinar su comportamiento en función de las necesidades ajenas del otro: en efecto, una vez el desajuste social se ha descubierto y es eliminado, B guarda el recurso R que antes no utilizaba y lo guarda para entregárselo a A, que lo necesita con urgencia. *En quinto lugar*, la función empresarial es competitiva. El término competencia procede del latín *cum petito* que significa concurrencia múltiple de peticiones sobre la misma cosa a la que hay que adjudicar un dueño. La empresarialidad es competitiva precisamente en el sentido de que, una vez descubierta o creada y aprovechada la oportunidad de ganancia por un determinado empresario, esa misma oportunidad de ganancia, con sus coordenadas específicas de tiempo y lugar, ya no puede ser creada, descubierta y aprovechada por otro empresario. Esto hace que el proceso empresarial sea, ante todo, un proceso de rivalidad, netamente competitivo, en el que los empresarios rivalizan unos con otros por descubrir antes que nadie y aprovecharse antes que los demás, de las oportunidades de ganancia que se van generando en su entorno. De ahí que sea muy precisa la definición de competencia dada en el Diccionario de nuestra Real Academia cuando se refiere a la misma como «la rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa». El concepto de competencia que hemos presentado obviamente nada tiene que ver con el denominado «modelo de competencia perfecta», en el que múltiples oferentes hacen lo mismo y venden el mismo bien al mismo precio, es decir, en el que, paradójicamente, no puede considerarse que nadie compita. Por último, *en sexto lugar*, el proceso empresarial jamás se detiene ni agota. Aunque podría pensarse que el proceso social impulsado por la empresarialidad podría llegar a una situación de equilibrio, es decir, a detenerse o agotarse una vez que se descubrieran y aprovecharan por los empresarios todas las oportunidades de ganancia en las que se plasman los desajustes sociales (y, de hecho, tal «estado final de reposo» es el que, con carácter prioritario, se considera como único objeto de estudio que merece la pena investigar por parte de la mayoría de los miembros de nuestra profesión), no cabe considerar que el proceso empresarial de coordinación jamás se detenga o agote. Y es que *el acto empresarial, a la vez que coordina, crea nueva información que a su vez modifica en el mercado la percepción general de fines y medios de los actores implicados, lo cual da lugar a la aparición de nuevos desajustes, que a su vez tienden a ser descubiertos y coordinados empresarialmente, y así sucesivamente a lo largo de un proceso que jamás se detiene de expansión sin límite del conocimiento y los recursos, apoyado sobre un volumen de población siempre creciente, y que tiende a ser tan coordinado como sea humanamente posible en cada circunstancia histórica* («Big Bang social coordinado»). Explicadas las características esenciales del proceso empresarial, nos encontramos ya en disposición de poder entender mejor el concepto económico de eficiencia dinámica que vamos a presentar, así como la posición de los diferentes autores que en la historia del pensamiento económico han venido aproximándose al mismo. *b) El concepto económico de eficiencia dinámica: creatividad y coordinación* En un sentido dinámico, puede afirmarse que, por ejemplo, un ser humano, una empresa, una institución, o todo un sistema económico, serán tanto más eficientes conforme más y mejor impulsen la creatividad y la coordinación empresarial, tal y como las acabamos de explicar. En esta perspectiva dinámica, lo verdaderamente importante no es tanto el evitar el despilfarro de unos medios que se consideran conocidos y «dados» (objetivo que, recordemos, era el prioritario en la perspectiva de la eficiencia estática) como el descubrir y crear continuamente nuevos fines y medios, impulsando la coordinación y asumiendo que en todo proceso empresarial siempre

autor describe el concepto económico de *eficiencia dinámica*, como que está indisolublemente unido al concepto de *función empresarial*. Por lo que, define la *función empresarial*, como la capacidad típicamente humana para darse cuenta de las oportunidades de ganancia que surgen en el entorno, actuando en consecuencia para aprovecharse de las mismas.

Uniendo estos dos conceptos de *eficiencia dinámica* y *función empresarial* se puede percibir que la función empresarial siempre genera y transmite nueva información. Es decir, todo acto empresarial supone el descubrimiento de nueva información que antes no tenía el actor, y supone una oportunidad de ganancia que previamente había pasado inadvertida.

De igual forma, el concepto de *eficiencia dinámica* incluye la noción de *creatividad y coordinación*. Esto quiere decir que en un sentido *dinámico*, el mercado puede asegurarse que un ser humano, una empresa, una institución, o todo un sistema económico, serán tanto más eficientes conforme mejor impulsen la creatividad y la coordinación empresarial.

De igual forma, en la *visión dinámica* lo verdaderamente importante no es tanto el evitar el desperdicio de unos ciertos medios que se consideran conocidos y ya “*dados*”. Lo más significativo, es descubrir y crear continuamente nuevos fines y medios, siempre impulsando la coordinación y aceptando que en todo proceso

---

surgirán nuevos desajustes, por lo que *un cierto despilfarro es inevitable y consustancial a toda economía de mercado*. En este sentido, puede considerarse que la dimensión dinámica de la eficiencia es la más relevante, pues, de hecho, aunque un sistema económico no se encuentre en la frontera de posibilidades máximas de producción, es posible que todos sus agentes salgan ganando si es que la creatividad empresarial mueve constantemente la curva hacia fuera aumentando, así, las posibilidades de todos, gracias a un flujo continuo de creatividad de nuevos fines y medios que, hasta su descubrimiento empresarial, previamente ni siquiera habían podido ser concebidos por nadie. Por otro lado, y esto es muy relevante, puede considerarse que la dimensión dinámica engloba a la dimensión estática de la eficiencia económica, pues precisamente es *la misma fuerza de la función empresarial que induce la eficiencia dinámica cuando crea y descubre nuevas oportunidades de ganancia la que logra el máximo grado de eficiencia estática que sea humanamente posible en cada momento, al coordinar los desajustes preexistentes* (aunque, dado el flujo inacabable de nuevos desajustes, nunca pueda concebirse, como ya hemos indicado, que sea posible alcanzar el óptimo paretiano en una economía real de mercado y que, por tanto, se elimine totalmente el posible despilfarro de los recursos existentes).

empresarial siempre surgirán nuevos desajustes. Un ejemplo de un desajuste es un despilfarro<sup>24</sup> o derroche de dinero o bienes o de un gasto excesivo e innecesario.

Un cierto despilfarro es inevitable, consustancial, y no le afecta a toda economía de mercado. Siempre, hay que hacer algún tipo de inversión para poder obtener todos los recursos necesarios y para posteriormente, elaborar un producto que se convertirá en ganancias. Al mismo tiempo, esa inversión de recursos es vital para poder obtener la información necesaria, que le permitirá sobrevivir en el mercado de competencia y atraerá al consumidor.

En síntesis, los empresarios tienen que organizar y coordinar su creatividad, que terminará por brindar nuevos productos que los hará destacarse en el mercado. Todo esto se puede llevar a cabo, mediante una *eficiencia dinámica* de los recursos que coordina y utiliza, todos los desajustes preexistentes como utensilios para crear nuevas oportunidades de ganancia, siguiendo las necesidades de los consumidores.

Por otro lado, forma parte del punto de *vista dinámico*, el concepto de *distribución en exclusiva*, que utiliza un solo manufacturero. *A prima facie*, éste podría lucir como si estuviera añadiendo una restricción adicional a la competencia. La *distribución exclusiva*<sup>25</sup> se entiende como aquella en que el manufacturero solamente le permite a unos revendedores o distribuidores especialmente seleccionados (generalmente sólo uno por área geográfica) a vender un producto.

Sin embargo, otra interpretación que se le puede dar a dicho concepto es que las nuevas empresas distribuidoras, no han sido lo suficientemente convincentes o atractivas, como para que un sólo manufacturero les suministre su mercancía. Tampoco, nada impide que otros manufactureros ya existentes o de nueva creación, pasen a ocupar con los nuevos distribuidores ese *nicho de mercado*. Un *nicho de mercado*<sup>26</sup> es una porción de un segmento de mercado, en la que los individuos poseen características y

<sup>24</sup> *Despilfarro*, Disponible en: <http://www.wordreference.com/definicion/despilfarro>. (2014).

<sup>25</sup> KOTLER, PHILIP, Gerencia de comercialización, Prentice-Pasillo, 7.º ed., (1991).

<sup>26</sup> KOTLER, PHILIP, *Dirección de marketing - Conceptos esenciales*, Primera Edición, Prentice Hall, 2002, página 144.

necesidades homogéneas, y estas últimas no están del todo cubiertas por la oferta general del mercado.

En otras palabras, es un acuerdo entre las empresas distribuidoras y ese manufacturero, que no va más allá como para impedir que otras empresas puedan entrar en ese mercado. Es un acuerdo privado, que no tiene mayores consecuencias con el resto del mercado, porque no se le prohíbe entrar al *nicho existente*, sino al contrato que ha formado el manufacturero con sus distribuidores.

Indistintivamente, algunos manifiestan que la potencial limitación a la entrada de posibles competidores también podría favorecerles. En otras palabras, dicha empresa asentada anticipa una reducción del riesgo de que aparezcan nuevos competidores, y de que le erosionen su margen de beneficios. Esa reducción del riesgo puede traducirse en un mayor compromiso o inversión a la hora de mejorar la propuesta de valor, entiéndase mayor calidad del producto, reducción del precio de venta, desarrollo de nuevas mercancías, mayor personalización, etc. Lo que podría terminar redundando en beneficio del consumidor.

No importa que pongamos en marcha la *concepción dinámica de la competencia*, fomentando la libertad a la hora de suscribir acuerdos, como quiera el *Estado* es capaz de imponer sus propias restricciones. Por ejemplo, en el mercado del *taxi o carro público*<sup>27</sup> no se puede entrar a éste sin poseer antes la preceptiva licencia municipal. Irónicamente, este mercado tiene el potencial de tornarse en un caso flagrante de oligopolio, donde hay sólo unas pequeñas empresas que lo dominan y que pueden cumplir con dicho requisito.

---

<sup>27</sup>Cfr. RALLO, JUAN RAMÓN, *Dos Conceptos de Competencia: Los Taxis contra Microsoft*, disponible en: <http://ilustracionliberal.com/44/>. (2010). Para ilustrar más claramente las profundas implicaciones que tiene el asumir uno u otro modelo podemos contraponer los casos de los taxis madrileños y Microsoft. En principio, de acuerdo con la concepción estática de la competencia, los taxis madrileños serían el paradigma de la competencia perfecta: un gran número de pequeños empresarios ofrecen un servicio del todo homogéneo a un precio tasado. De acuerdo con esta misma perspectiva, Microsoft sería o habría sido durante mucho tiempo el paradigma de la empresa monopolista, especialmente en materia de sistemas operativos para ordenadores personales. Sin embargo, para la concepción dinámica de la competencia, lo cierto sería lo opuesto: el mercado de los taxis, donde no se puede entrar sin la preceptiva licencia municipal, sería un caso flagrante de oligopolio, mientras que Microsoft, en tanto no ha empleado la fuerza para impedir propuestas de valor alternativas a la suya, sería un modelo claro de desempeño exitoso en un marco de libre competencia.

Mientras que *Microsoft*, que aparenta ser un monopolio por su gran poder, y por no haberse empleado la fuerza suficiente para impedir o retar sus propuestas de valor, podría ser un modelo claro de desempeño exitoso en un marco de libre competencia. En otras palabras, el hecho de tener *poder de mercado* es un aspecto que no necesariamente conlleva a la creación de un monopolio o de una restricción de la competencia.

Por su parte, existe en el *proceso de competencia dinámica* una *irradicable incertidumbre*<sup>28</sup> que expresa JUAN RAMÓN RALLO. La *incertidumbre*<sup>29</sup> presenta un

---

<sup>28</sup>Cfr. RALLO, JUAN RAMÓN, *Dos Conceptos de Competencia: Los Taxis contra Microsoft*, disponible en: <http://ilustracionliberal.com/44/>. (2010). Frente a esta concepción estática de la competencia, donde lo importante es que en un momento dado haya una gran cantidad de empresas sin poder de mercado, podemos trazar otro, de carácter dinámico, cuyo punto de partida sea el reconocimiento de la *inerradicable* incertidumbre a que se enfrenta todo agente económico en un sistema de división del trabajo y del conocimiento. Recordemos que en ese esquema de división del trabajo, los agentes no producen bienes con los que satisfacer directamente sus propias necesidades, sino otros que esperan poder intercambiar por aquellos que sí las satisfacen. Es fácil darse cuenta de que todo agente se enfrenta en este contexto a una doble incertidumbre: por un lado, la relacionada con si sus planes para producir determinados bienes resultarán exitosos (incertidumbre de carácter técnico); por otro, la relacionada con si logrará colocar esos productos futuros en unas condiciones que le resulten favorables, que es una incertidumbre más bien de tipo comercial. Dicho de otra manera: todo agente debe preocuparse por gastar su dinero en escoger los métodos productivos que le permitan vender sus productos a los consumidores a unos precios que le compensen el haber incurrido en esos gastos (entre los que hay que incluir el coste de haber adelantado capital a los factores productivos). Si bien, en cierto modo, la incertidumbre técnica puede reducirse con un mejor conocimiento de, precisamente, la técnica, la comercial siempre estará presente, ya que el éxito de un agente económico dependerá de que no haya otro más exitoso que él. Un empresario puede afanarse en fabricar a muy bajo coste un bien que *hoy* resulta muy apetecible a los consumidores, pero si en el momento de llevarlo al mercado otro empresario ha fabricado otro bien que les agrade más (tengan o no relación entre sí), entonces fracasará. Para comprender adecuadamente la competencia hemos de reconocer que, simplemente, *no sabemos* qué bienes obtendrán mañana el favor del consumidor, pues en buena medida este dato sólo se conoce *a posteriori*, cuando todos los empresarios han llevado al mercado sus respectivas ofertas de bienes y los consumidores, atendiendo a sus cambiantes gustos, circunstancias y expectativas, han elegido. De ahí que Hayek dijera con toda propiedad que la competencia es un proceso de descubrimiento: La única justificación que cabe encontrar para hacer uso de la competencia es la de no saber las circunstancias esenciales que van a determinar el comportamiento de nuestros competidores (...) Me gustaría considerar la competencia un proceso sistemático para descubrir hechos que, si ese proceso no existiera, seguirían siendo desconocidos o no serían utilizados. Dado que no sabemos cuáles van a ser los cursos de acción exitosos, porque ni siquiera el consumidor final puede conocer hoy sus necesidades futuras –ni las opciones entre las que podrá elegir–, es esencial que todos los agentes implicados en una división del trabajo tengan la libertad de proponer planes alternativos y competitivos para satisfacer los deseos de los consumidores. A este fin, podrán emplearse todos los recursos empresariales a que estamos habituados pero que no encajan con los presupuestos de la competencia estática: compañías con diferentes tamaños, diseños industriales, decisiones de inversión en I+D, logística, publicidad, imagen corporativa, atención al cliente; alianzas de diverso tipo –fusiones, adquisiciones, *joint ventures*, acuerdos de distribución...– entre empresas que buscan minimizar los costes y lograr más visibilidad y estabilidad en su cartera de clientes; y, en definitiva, distintas propuestas de valor rivales entre sí, fruto de la peculiar anticipación del futuro que, de manera acertada o errónea, realiza cada empresario para tratar de lograr el favor del consumidor. Es así como llegamos a la definición dinámica de competencia, que sería, precisamente, el proceso de rivalidad durante el cual los distintos planes empresariales, presentes y futuros, compiten por el favor de los consumidores. Si en el concepto estático la nota distintiva era la cantidad de empresas mediocres que

futuro que es imprevisible o que no se puede anticipar. Las empresas deben trabajar arduamente para buscar la manera de anticipar o determinar las preferencias del soberano que finalmente decide. Por tanto, lo único que importa es tener la confianza del consumidor. Además, si dicha incertidumbre es *irradicable*<sup>30</sup> quiere decir que no se puede suprimir o eliminar del proceso de la búsqueda de información.

Todo agente se enfrenta a una doble *incertidumbre*: por un lado, la relacionada a ver si sus planes para producir determinados bienes resultarán exitosos (*incertidumbre de carácter técnico*); por otro, la relacionada a ver si logrará colocar esos productos futuros en unas condiciones que le resulten favorables. Ésta es una *incertidumbre más bien de tipo comercial*.

La *incertidumbre técnica* puede reducirse con un mejor conocimiento de la técnica; mientras que la *comercial* siempre estará presente, ya que el éxito de un agente económico dependerá de que no haya otro más exitoso que él.

Entonces, para comprender adecuadamente la competencia hemos de reconocer, que simplemente *no sabemos* qué bienes obtendrán mañana el favor del consumidor. Pues en cierta medida, este dato sólo se conoce *a posteriori* o después, cuando todos los

---

hubiese en el mercado, en la visión dinámica lo esencial es la libertad de entrada en el mercado. No es tan importante el que *haya* empresas como el que las *pueda haber*; el consumidor es soberano no porque tenga un ejército de peones mediocres, sino porque en cada momento, y gracias a esa libertad para proponer planes alternativos, tiene a sus pies a los mejores sirvientes posibles, aunque sólo haya uno. Lo cual, por cierto, no significa que ese/esos sirviente/-s sea/-n perfecto/-s y no cometa/-n error alguno, sino que su desempeño global es superior al de los demás. En cierto sentido, podríamos considerar la concepción estática de la competencia como una fotografía y la dinámica, como una película. Al cabo, la primera sólo se preocupa de que el consumidor pueda elegir entre una gran cantidad de ofertas predeterminadas y exactamente iguales: la competencia consistiría aquí en la posibilidad de seleccionar la identidad del proveedor; en cambio, la segunda se centra en que todos los agentes tengan la posibilidad de proponer de manera continua ofertas de valor alternativas para los consumidores: aquí, la competencia quiere decir *libertad de entrada en el mercado*. El problema que pretende solventar la concepción dinámica de la competencia –nuestra ignorancia *inerradicable*– se presupone que está resuelto desde el principio cuando se adopta la visión estática, en la que todas las empresas lo conocen todo sobre el entorno de mercado. No hay ningún problema sobre qué y cómo se debe producir cuando todos producen lo mismo del mismo modo. alternativas rivales potencialmente superiores mediante la prohibición de las mismas. En otras palabras: el problema es que el proceso de descubrimiento propio de la competencia se interrumpe una vez se fija qué propuestas de valor son admisibles y cuáles no.

<sup>29</sup> LAVOIE, MARK, *La Economía Postkeynesiana*. Barcelona: Icària Editorial. ISBN 84-7426-785-4 (2004).

<sup>30</sup> *Irradicable*, Disponible en: <http://www.wikilang.com/English/Spanish/suppressible/erradicable/1329599>. (2014).

empresarios han llevado al mercado sus respectivas ofertas de bienes; y los consumidores atendiendo a sus cambiantes gustos, circunstancias y expectativas escogerán lo que más le agrade.

Por eso, todo empresario debe preocuparse por invertir sus fondos para escoger los métodos más productivos que le permitan vender sus productos a esos consumidores, y a unos precios que a su vez le compensen por haber incurrido en dichos gastos.

Por otro lado, *SCHUMPETER*<sup>31</sup> inició su programa de investigación en 1911, cuando publicó la primera edición alemana de su libro *Teoría del Desarrollo Económico*. En este libro, *SCHUMPETER* sigue una línea de investigación netamente *austríaca* relacionada con el *empresario innovador*. Este *empresario innovador* es aquel

---

<sup>31</sup> Cfr. HUERTA DE SOTO, JESUS, *LA TEORÍA DE LA EFICIENCIA DINÁMICA*, Catedrático de Economía Política, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. Web: [www.jesushuertadesoto.com](http://www.jesushuertadesoto.com), (1997). Schumpeter inicia su programa de investigación en este ámbito ya en 1911 cuando publica la primera edición alemana de su *Teoría del desarrollo económico*.<sup>30</sup> En este libro Schumpeter ya se refiere, siguiendo una línea de investigación netamente austriaca, al empresario innovador, que para Schumpeter es aquel que concibe y descubre nuevos bienes, combinaciones de bienes, fuentes de aprovisionamiento, introduce innovaciones tecnológicas y continuamente crea nuevos mercados y amplía los ya existentes. Treinta años después, en 1942, Schumpeter continúa esta misma línea de investigación en su libro *Capitalismo, socialismo y democracia*, especialmente en sus capítulos 7 y 8. Este último capítulo incluso se titula por el autor «El proceso de destrucción creadora», y en él se explica el proceso de evolución económica que ha dado lugar al desarrollo del capitalismo, introduciéndose ya la tensión inherente a las dos dimensiones del concepto de eficiencia, la dinámica y la estática. Schumpeter es muy crítico con el concepto tradicional de eficiencia estática utilizado por la economía neoclásica y concluye que «la competencia perfecta no sólo es imposible, sino inferior, y carece de todo título para ser presentada como modelo de eficiencia ideal». Nuestra principal crítica a Schumpeter es que siga considerando que el punto básico de referencia del análisis económico debe ser el modelo de equilibrio, pues cree que el mundo económico, si no fuera por los empresarios, se encontraría «normalmente» en una situación de flujo rutinario. Schumpeter concibe, pues, que el empresario no es sino un elemento exclusivamente distorsionador o desequilibrador. Es decir, tan sólo se fija en una de las facetas del proceso empresarial, en aquella que ha denominado con la expresión ya consagrada de «proceso de destrucción creadora». Schumpeter ignora que, según ya hemos expuesto en apartados anteriores, el centro focal de investigación del análisis económico ha de ser el proceso dinámico empresarial y no el modelo de equilibrio. Y es que el proceso de mercado real impulsado por la empresarialidad posee, con carácter simultáneo, no sólo una capacidad de «destrucción creadora», que es a la que con carácter exclusivo se refiere Schumpeter, sino también una capacidad eminentemente coordinadora, que tiende a llevar el proceso social hacia un equilibrio que, sin embargo, nunca se alcanza, puesto que en su camino de coordinación surgen continuamente nuevos desajustes. Para Schumpeter el proceso empresarial es una especie de fuerza explosiva que, como resultado de la creatividad empresarial, distorsiona el orden preexistente, sin darse cuenta de que *la misma fuerza que impulsa la destrucción creadora tiende a coordinar el sistema haciendo que el «big bang» social sea tan armonioso como sea posible en cada circunstancia histórica*. Por tanto, frente a Schumpeter, que considera al empresario como un elemento exclusivamente desequilibrador, el enfoque de eficiencia dinámica que estamos proponiendo parte de considerar la empresarialidad como una fuerza impulsora, simultáneamente creativa y coordinadora, que continuamente hace avanzar el mercado y la civilización.

que concibe y descubre nuevos bienes, combinaciones de bienes, fuentes de aprovisionamiento, introduce innovaciones tecnológicas, continuamente creando nuevos mercados, y ampliando los ya existentes.

Sin embargo, el empresario también posee un elemento exclusivamente *distorsionador o desequilibrador*. El ser *distorsionador*<sup>32</sup> significa que deforma un hecho. Es decir, el empresario sólo se concentra en una de las facetas del *proceso empresarial* y descarta el resto, en lo que se ha denominado con la expresión ya consagrada de “*proceso de destrucción creadora*”. De todos modos, aunque el empresario pueda crear algún tipo de distorsión, es realmente beneficiosa para la competencia y para el consumidor.

En sí, el *proceso empresarial* es una especie de fuerza explosiva que como resultado de la creatividad empresarial, distorsiona el orden preexistente, sin darse cuenta de que la misma fuerza que impulsa la destrucción creadora, tiende a coordinar el sistema haciendo que el *Big Bang Social* sea tan armonioso, como sea posible en cada circunstancia histórica. El *Big Bang*<sup>33</sup> es el nombre que se le da a una teoría que intenta dar una explicación para el nacimiento del universo, a través de un gran estallido o explosión. Pero, si unimos este concepto de *Big Bang* con el *proceso empresarial*, se puede deducir que aquellas prácticas que aparentan ser antimonopolísticas, tienden a crear beneficios adicionales para las empresas y los consumidores.

Igualmente, se manifiesta que el *proceso de mercado* real impulsado por el proceso de *empresarialidad*, posee un *carácter* simultáneo, y también tiene una capacidad *eminentemente coordinadora*, que organiza y tiende a llevar el proceso social hacia un equilibrio. Sin embargo, nunca se alcanza puesto que en su camino de coordinación surgen continuamente nuevos desajustes.

Además, *SCHUMPETER* considera que el punto básico de referencia del análisis económico debe ser el modelo de equilibrio o precio de equilibrio, pues cree

---

<sup>32</sup>*Distorsionador*, Disponible en: <http://www.definition-of.net/definicion-de-distorsionador>. (2014).

<sup>33</sup>*Big Bang*, Disponible en: <http://www.misrespuestas.com/que-es-el-big-bang.html>. (2014).

que el mundo económico, si no fuera por los *empresarios*, las empresas se encontrarían *normalmente* en una situación de flujo rutinario.

Es decir, el empresario aplica *el proceso empresarial* mediante la distorsión y su fuerza explosiva se dedica a diseminar la información, a buscar recursos, fuentes innovadoras, y a promoverlas en el mercado. Éste puede conseguir esos recursos, una vez se haya convencido de la rentabilidad de un proyecto productivo, pidiendo préstamos en el mercado de capital.

De todas formas, no importa cuán grande sea el volumen de recursos que una empresa tenga, su capacidad para conseguir beneficios no dependerá de ello, sino de la *Visión Empresarial* a la hora de emplear dichos recursos de forma que sea innovadora y rentable. La *Visión Empresarial*<sup>34</sup> se comprende a profundidad cuando los empresarios caen en cuenta de que algo hace falta en la organización. Así como aquellas cuestiones que son “*obligatorias*” o son parte de la “*convención empresarial*”, la visión es uno de esos requisitos, que conlleva algo más profundo y que no se entiende del todo, hasta que es evidente la necesidad de determinar la personalidad moral de la empresa.

En resumen, un *empresario* realmente no obstaculiza el mercado, sino que le da movimiento al mismo, si adquiere los recursos productivos que sean necesarios, y emplea su capacidad innovadora con una *visión* que le permita aprovechar finalmente los beneficios. Por lo que, el equilibrio no debe ser el factor más importante del proceso, sino el *proceso completo empresarial* que tiene que ser *dinámico* para que resulte en productos originales y pueda competir con el resto del mercado para atraer a los consumidores. Por lo que, si no fuera por el empresario, no existiría una competencia saludable.

---

<sup>34</sup>*Visión Empresarial*, Disponible en: <http://axeleratum.com/2010/vision-empresarial/>. (22 de noviembre de 2011).

### ***F. La Protección de la Libertad Económica de los Competidores en el Mercado***

De acuerdo a KIRZNER<sup>35</sup>, uno de los intereses de la política *Antitrust* se conoce como la *Protección de la Libertad Económica de los Competidores en el Mercado*. Esto quiere decir, que la legislación *Antitrust* tiene como propósito impedir que las empresas poderosas pongan en peligro de extinción, a las empresas o competidores más débiles.

Asimismo, la *Libertad económica*<sup>36</sup> se define como la libertad para producir, negociar y consumir cualesquiera bienes o mercancías y servicios adquiridos sin el uso de la fuerza, del fraude o del hurto. Ésta proviene del *liberalismo económico*. La teoría del *liberalismo económico* supone que su actividad económica se decidirá por la producción o el consumo, de aquello que el precio haga más atractivo, guiado por su simple egoísmo, sin interferencias del Estado, o de coaliciones de grandes intereses que impidan el funcionamiento del mercado libre. De esta manera, la abundancia o escasez de un producto o servicio, estimula o retrae su consumo o producción, obteniéndose de forma espontánea la autorregulación del *Mercado*.

El *Mercado*<sup>37</sup> se conoce como cualquier conjunto de transacciones o acuerdos de negocios entre compradores y vendedores. En contraposición con una simple venta, el *Mercado* implica el comercio formal y regulado, donde existe cierta competencia entre los participantes. Una definición de *Mercado* implica a las organizaciones o individuos con necesidades o deseos que tienen capacidad y que tienen la voluntad para comprar bienes y servicios para satisfacer sus necesidades.

---

<sup>35</sup> Cfr. KIRZNER, I.M. “*Los Objetivos de la Política Antitrust: Una Crítica*”. Traducción de Eva Rosa Muñío Isac. Revisión de Jesús Huerta de Soto. Pag. 70 y 71. (Diciembre 1998). En este caso, la finalidad sería impedir que las «empresas poderosas» pongan en peligro «la existencia de empresas más débiles. Por lo que se refiere a este asunto, el punto de vista europeo parece diferir del adoptado tradicionalmente por los estadounidenses (quienes han mostrado, quizás, una mayor preocupación por este motivo debido a la creencia de que el bienestar del consumidor podría depender de la supervivencia de los competidores más débiles. Sin embargo, independientemente del motivo concreto por el que la política antitrust pueda tener interés por este objetivo, parece difícil afirmar que su consecución dependa del logro del estado económico perfectamente competitivo con su número infinito (o, en cualquier caso, muy grande) de empresas.

<sup>36</sup> *Libertad Económica*, Disponible en: <http://www.elindependent.org/articulos/article.asp?id=51>. (2014).

<sup>37</sup> ASPERS, PATRIK, *Markets Cambridge*, Polity Press, (2011).

Sin embargo, algunos opinan que la institución del *Mercado* necesita ser regulada y se presume de que tiene una existencia natural o de las ciencias naturales que responde al libre juego de la oferta y demanda en la libre competencia, que procura la *competencia perfecta*.

Dentro de este juego de vendedores y compradores, uno de sus participantes se conoce como el *competidor*. El *competidor* se refiere a la empresa que ofrece un producto o servicio similar en calidad de distribuidor o que tiene el mismo manufacturero.

Por otro lado, la *manufactura*<sup>38</sup> es una fase de la producción económica de los bienes. Consiste en la transformación de materias primas en productos manufacturados, productos elaborados o productos terminados para su distribución y consumo. Los *manufactureros* son los que se dedican a elaborar esos bienes y distribuirlos a los distribuidores o detallistas. Mientras que los detallistas<sup>39</sup> son personas que se dedican a vender mercancías en pequeñas cantidades.

Asimismo, los manufactureros son partícipes de un discrimen a su favor a la hora de fijar precios. Dicho discrimen termina por aumentar los precios del consumidor, ya que éste tiene que conformarse con comprar el producto al precio que el mismo manufacturero decida, prohibiendo los descuentos. Por lo que, existe la posibilidad de que el consumidor no vaya a conseguir su producto favorito en algún momento, a través de una venta en especial. O sea que su *libertad económica* se está limitando.

A las grandes empresas los acuerdos de fijación de los precios no les afecta, porque su capacidad para generar ingresos y sus recursos son mayores que los que tienen los pequeños negocios. Sin embargo, los pequeños negocios pueden verse afectados porque dependen de los bajos precios que sus productos puedan atraer. Tal y

---

<sup>38</sup> FRIEDMAN, DAVID “No Light at the End of the Tunnel”. *Los Angeles Times*. New America Foundation. (2006).

<sup>39</sup> *Detallistas*, Disponible en: <http://es.thefreedictionary.com/detallista>. (2007).

como dice DAVID A. WELLS<sup>40</sup>, *el mundo demanda abundancia de bienes elementales, y los quiere baratos.*

En resumen, para proteger la *libertad económica* de los competidores, surge la importancia de que los precios de los bienes sean únicamente fruto del *proceso del mercado*, que espontáneamente resulten de dicho proceso; sin que sean perjudicados por decisiones ajenas, como las de los manufactureros o en ocasiones del mismo *Estado*. Por lo tanto, se justifica que hasta cierto punto la *Ley Sherman* se ocupe de regular los acuerdos de fijación de los precios y la cartelización, porque si no habría el potencial de que las grandes empresas manufactureras al no tener ciertas guías o límites, abusarán de su discreción a la hora de suscribir dichos acuerdos con sus distribuidores, perjudicándose entonces las empresas más pequeñas y el consumidor.

**“El Trabajo en equipo tiene que ser reconocido por todos y conocer que grandes cosas pueden pasar si los individuos dominan los fundamentos, y trabajan juntos como una sola unidad”.**

**--Karlene Sugarman autora del libro "Winning the Mental Way--.**

---

<sup>40</sup> Cfr. DILORENZO, THOMAS J., *El Mito del Monopolio Natural*, Disponible en: [www.liberalismo.org](http://www.liberalismo.org), (1996). Traducido por Juan Fernando Carpio. DAVID A. WELLS, uno de los escritores económicos más populares de fines de siglo diecinueve, escribió que “el mundo demanda abundancia de bienes elementales, y los quiere baratos; y la experiencia muestra que sólo puede obtenerlos mediante el uso de grandes capitales a escala extensiva” Y GEORGE GUNTÓN creía que la “concentración de capital no saca a los pequeños capitalistas del mercado, si no que simplemente los integra en más grandes y complejos sistemas de producción, en los cuales son capaces de producir...de forma más barata para la comunidad y obtener un ingreso mayor para sí mismos...En vez de la concentración del capital como destrucción de la competencia, lo opuesto es verdadero...Mediante el uso de grandes capitales, maquinaería mejorada y mejores instalaciones el cartel puede y de hecho supera en ventas a la corporación.



## **CAPÍTULO II**

### **LAS DISTINTAS CLASES DE SUPUESTOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS EN LA LEY SHERMAN**

#### ***A. Prohibición de Acuerdos Sobre Precios***

El precio<sup>41</sup> se conoce como la cantidad de dinero o de bienes o servicios que se paga o se recibe, en cambio a una unidad de otro bien o servicio. Dicho precio se forma debido a ciertas condiciones de equilibrio entre la oferta y la demanda que continuamente están en juego. En otras palabras, ese juego de equilibrio de la oferta y la demanda es el mecanismo que regula los precios. Por ejemplo, si hay mucha demanda de un producto sus precios suben hasta que alcanzan un nivel demasiado elevado; mientras que cuando el precio del producto vuelve a ser bajo, entonces la demanda retoma el crecimiento. Por lo que, el precio es el elemento que une los eslabones que forman la oferta y la demanda, y a su vez puede brindar estabilidad a todo el sistema económico.

Los manufactureros se encargan de llevar a cabo la fase económica de producción. Éstos deben establecer su precio inicial cuando desarrollan un nuevo producto<sup>42</sup> u objeto, que se ofrece en un mercado con la intención de satisfacer aquello que necesita o que desea un consumidor; cuando introducen su producto en un nuevo canal de distribución o área geográfica; y cuando solicitan nuevos contratos o acuerdos.

Además, el precio no es solamente una cifra arbitraria que representa el pago de los costos tanto fijos como variables incurridos en la fabricación, sino que por éste se debe obtener alguna utilidad para su negocio. Por lo tanto, los manufactureros tienen que considerar muchos factores al establecer su propia política de precios.

---

<sup>41</sup>Cfr. MCCONNELL CAMPBELL, R., BRUE STANLEY, L. *Economía*, Páginas, G-23, Décimotercera Edición (1997).

<sup>42</sup>Producto, Disponible en: <http://definicion.de/producto/>. (2014).

Existe un procedimiento de seis pasos que toma en consideración dichos factores:<sup>43</sup>

1. Seleccionar el objetivo de la fijación de precios.
2. Determinar la demanda.
3. Estimar los costos.
4. Analizar los costos, precios y ofertas de los competidores.
5. Escoger un método de fijación de precios.
6. Seleccionar el precio final.

Igualmente, la fijación<sup>44</sup> puede utilizarse para nombrar al establecimiento preciso o la determinación cierta de algo. En este sentido, la fijación de precios hace referencia al precio que un distribuidor asigna a un producto que ofrece en el mercado. Sin embargo, cada fabricante y/o distribuidor tienen la posibilidad de fijar el precio que crean conveniente, para luego modificarlo.

La fijación de precios también puede estar vinculada a una decisión unilateral del Estado o de un monopolio, en los casos en que no existe la competencia. Por ejemplo, en una ciudad donde sólo una compañía brinda el servicio de telefonía, esta compañía estará en condiciones de fijar el precio que quiera, ya que los consumidores no tendrán ninguna posibilidad de elegir a otro prestador.

Asimismo, a la hora de fijar precios los fabricantes pueden utilizar otras variantes de fijación, para controlar el precio al que va a ser vendido su producto, conocido como los acuerdos. El acuerdo<sup>45</sup> se define como un pacto, tratado o resolución de organizaciones, instituciones, empresas públicas o privadas. Un tipo de estos acuerdos es la *fijación vertical de precios, fijación de precios de reventa o la fijación de precios unilateral (resale price maintenance)*. Ésta implica la imposición del precio por

---

<sup>43</sup>Cfr. MARKETING EVERYTHING, *Procedimiento de Fijación de Precios*, Disponible en: <http://moomersgirl.blogspot.com/2010/02/procedimiento-de-fijacion-de-precios.html>. (27 de febrero 2010).

<sup>44</sup>*Definición de Fijación*, Disponible en <http://definicion.de/fijacion/>. (2014).

<sup>45</sup>*Acuerdo*, Disponible en: <http://resolucionleyacuerdo.blogspot.com/2008/04/que-es-acuerdo.html>. (1 de abril de 2008).

parte de un fabricante, al cual su cliente o distribuidor revenderá el bien o servicio que dicho fabricante le suministra.

*ROBERT PITOSKY* dice que la *Fijación de Precios de Reventa*<sup>46</sup> describe los acuerdos verticales entre fabricantes y distribuidores que están bajos en la cadena de distribución, y estableciendo el precio al que el producto del fabricante debe ser vendido.

Existen varias leyes que regulan los acuerdos de *fijación vertical de precios*<sup>47</sup> con el propósito de evitar que los fabricantes que poseen un fuerte poder o control en el mercado, fijen los precios a lo largo de toda la “*cadena de distribución*.”<sup>48</sup> Se conoce como cadena de distribución o canales de distribución, a los distintos agentes que completan las diferentes etapas, para que el producto llegue al consumidor final.

Por otro lado, la sentencia de *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.* 485 U.S. 717 (1988), interpreta el concepto de los acuerdos de fijación de precios verticales, considerándolos como ilegales *per se* o terminantemente prohibidos. En otras palabras, una restricción vertical o sea un acuerdo entre fabricante y distribuidor o detallista; para que afecte la competencia tiene que incluir algún tipo de acuerdo sobre el precio o niveles de precios al que van a ser revendidos los productos. Véase, *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975) y *Monsanto Co. v. Spray Rite Service Corporation*, 465 U.S. 752, (1984).

En el caso de *Socony Vacuum Oil Co. v. United States*, 310 U.S. 150 (1940), el Juez *Douglas* señaló en forma contundente, que todo acuerdo entre competidores que tienda a alterar la estructura de precios del mercado, constituye una actividad ilegal. Bajo la ley *Sherman*, un acuerdo formado con ese propósito y que tenga el efecto de

---

<sup>46</sup>Cfr. PITOSKY, ROBERT, *In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing*, 71 GEO. L.J. 1487, 1492 (1983). Fue Presidente de la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos desde el 11 de abril de 1995 hasta el 31 de mayo de 2001. Ha sido Decano de la Universidad de Georgetown, Facultad de Derecho desde 1983 hasta el 1989. Es actualmente profesor de esa Universidad enseñando en las áreas de Antitrust y Derecho Constitucional.

<sup>47</sup>*El Precio Aspectos Generales*, Disponible en: <http://www.uv.es/cim/pyp-dem/descarga/tema001a.pdf>. (2014).

<sup>48</sup>*Cadena de Distribución*, Disponible en: <http://definicion.de/distribucion/>. (2014).

reducir, incrementar, fijar o estabilizar el precio de un bien en el comercio interestatal o internacional, es *ilegal per se*.

Por otra parte, la imposición de un precio mínimo<sup>49</sup> garantiza que el precio no descienda por debajo de un cierto nivel, ya establecido anteriormente. De acuerdo a la teoría dominante de la *Ley Antitrust*, existe la posibilidad de que se fije un precio hasta un tope mínimo que está por encima del nivel de equilibrio. Como resultado de dicha fijación se generará un exceso de oferta. Esto quiere decir, que al no poder descender ese precio para responder a los cambios en la demanda, hay la posibilidad de se puedan acumular excedentes del bien ofrecido, y ello tiene el potencial de provocar una mala asignación de los recursos conllevando a que los bienes no se vendan por completo.

Mientras que la imposición de un precio máximo,<sup>50</sup> no le permite a ningún vendedor cobrar un precio mayor que el establecido previamente. Como consecuencia, la cantidad demandada superará a la ofrecida. En otras palabras, debido a que el vendedor no está autorizado a reaccionar a los cambios en la demanda, ya sea aumentando los precios bajos para conservar la cantidad de su oferta; dicha oferta disponible no será suficiente para satisfacer la demanda de ese producto. Por lo que, la teoría dominante dispone que el exceso de demanda, implica la necesidad de reaccionar de alguna forma a la cantidad existente, tomando medidas para corregir esa situación.

Un ejemplo de fijación de un precio máximo se puede apreciar en el fallo de *Atlantic Richfield Co. v. U.S.A. Petroleum Co.*, 495 U.S. 328. (1990). Primero, debemos tener claro que una *franquicia*<sup>51</sup> es un acuerdo o contrato a través del que una empresa autoriza a alguien, a usar su marca y vender sus productos bajo determinadas condiciones. Es un acuerdo entre el “*franquiciador o “franquiciante”*” y el “*destinatario o “franquiciado”*”, por virtud del cual el primero cede al segundo, la explotación de una *franquicia*.

<sup>49</sup>*Principios de Economías*, Disponible en: <http://html.rincondelvago.com/principios-de-economia.html>. (2014).

<sup>50</sup>*La Fijación de Precios Obligatorios*, Disponible en: <http://www.nocturnar.com/forum/economia/245189-fijacion-de-precios-obligatorios.html>. (2014).

<sup>51</sup>Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22.<sup>a</sup> Edición, Disponible en: <http://www.wordreference.com/definicion/franquicia>. (2001).

En la sentencia se sostuvo que: (1) los competidores de una *franquinciaria* generalmente carecen de fundamentos para demandar, alegando que existe un acuerdo de fijación máxima de precios de reventa entre la empresa *franquinciada* y un cliente, siempre que no estén vendiendo por debajo de los costos; y (2) los propios *franquinciados*, tampoco pueden alegar que existe un acuerdo de fijación vertical de precios máximos, cuando se le suma su inhabilidad de proveer los servicios necesarios en conjunto, con la venta de productos a los bajos precios supuestamente fijados por la empresa *franquinciadora*. En otras palabras, no se le puede atribuir responsabilidad a la empresa *franquinciadora*, cuando los que no han conseguido vender los productos son los mismos *franquinciados*, que la acusan de tener un acuerdo de fijación de precios máximos, salvo en ciertas circunstancias.

Por su parte, *KIRZNER*<sup>52</sup> nos dice que la *colusión de los precios* entre varias empresas competidoras, es una práctica anticompetitiva que es usualmente perseguida

---

<sup>52</sup>Cfr. KIRZNER, I.M. “*Los Objetivos de la Política Antitrust: Una Crítica*”. Traducción de Eva Rosa Muñío Isac. Revisión de Jesús Huerta de Soto. Pág. 73-74. (Diciembre 1998). La colusión en precios entre varias empresas (por otro lado, competidoras) es una práctica anticompetitiva típica perseguida por las políticas antitrust. Se considera que esta colusión (comparada, a menudo, con la cartelización de una industria) constituye, en realidad, una forma de dominar el mercado que posibilita la imposición de precios de monopolio. Nuestro punto de vista nos permite reconocer que, sea cual sea el motivo para el acuerdo, no afecta a la competitividad dinámica del mercado, en tanto que no existan restricciones para la libre entrada. Los intentos colusivos de un grupo de empresas poderosas por mantener altos los precios pueden tratarse realmente de una tentativa de utilizar un cierto poder económico para extraer más excedente de los consumidores al eliminar la competencia en precios entre las empresas. De esta forma, uno podría considerar que, en este caso, el poder económico coincide con un comportamiento contrario a la competencia, con lo que su prohibición podría contemplarse, de acuerdo con lo que mantiene la teoría antitrust, como una clara medida a favor de la competencia. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, el asunto parece ser completamente diferente en tanto que no se obstaculice la entrada en la industria, cualquier intento de utilizar la fuerza económica para resistir la competencia es esencialmente contraproducente. Con todo, esto no significa que no se puedan realizar dichos intentos —aunque temporalmente puedan no ser efectivos—. Incluso estos intentos para resistirse a la competencia son en sí mismos acciones competitivas, puesto que se realizan sometidos a la competencia. Recordemos que, de acuerdo con nuestra terminología, competir no significa actuar en una forma necesariamente consistente con el (denominado) estado perfectamente competitivo. En realidad, consiste en intentar obtener lo que se percibe como posibles beneficios con el conocimiento de que otros también pueden perseguir libremente dichos beneficios. No es ningún secreto que una empresa puede intentar conseguir beneficios cargando un precio «alto» y puede descubrir, a continuación, que ha incurrido en pérdidas porque, con ello, ha invitado a nuevos competidores a la industria. Un grupo de empresas que coluden puede estar actuando de una forma similar. Debemos recordar que nadie puede anticipar el precio «correcto», esto es, el precio de equilibrio competitivo. El propio proceso de competencia dinámica es el que revela qué precio es «demasiado alto» y qué precio es «demasiado bajo». Un acuerdo colusivo para mantener un precio «alto», sea cual sea el motivo por el que se adopta, puede resultar una actuación empresarial a través de la cual la industria descubre el precio mínimo para el que la producción puede llevarse a cabo con éxito. Mientras la entrada al mercado no esté bloqueada, un intento de cartelizar la industria a través de un acuerdo para fijar un precio colusivo constituye una medida competitiva adoptada a la luz de un proceso empresarial

por las políticas del *Anti-Trust*. La *colusión* se denomina como el acuerdo entre dos o más empresas de un mercado determinado, que define cómo cada una actuará de manera concertada con respecto a las demás empresas. El fin de este tipo de acuerdo es que cada una de las empresas participantes, tomará control de una determinada porción del mercado en el cual operan y actúan de manera monopolística, impidiendo a las otras empresas entrar al mercado.

Además, la colusión compone una forma de dominar el mercado que facilita la imposición de *Precios de Monopolio*. El *Precio de Monopolio*<sup>53</sup> es el precio que se aparta del valor o del precio de producción de una mercancía dada. El *Precio de Monopolio* es igual a los costos de producción más la elevada ganancia monopolista.

Sin embargo, *KIRZNER* difiere de los propósitos de la legislación *Anti-Trust*, y no le da importancia al motivo que se tenga para establecer dichos tipos de acuerdos colusivos, siempre y cuando, éstos no afecten el proceso de *competencia dinámica del mercado*<sup>54</sup>. En otras palabras, las empresas con *competencia dinámica alta*, suelen traer una importante mejora del nivel de orientación al cliente, mediante la puesta en práctica de innovaciones, mejoras de precio, ventajas de producto o agilidad en la satisfacción de sus necesidades. Por lo que, los acuerdos alegadamente colusivos no le deben añadir más restricciones de las necesarias a esas empresas, para que éstas mantengan un nivel de *competencia dinámica alta* y que haya una libre entrada de otros competidores. Estos nuevos competidores a su vez, aunque tengan acuerdos con otras empresas que parezcan colusivos, pueden aportar a la mejoría de la competencia.

Por el contrario, a *prima facie* o a *primera vista*, los intentos colusivos de un grupo de empresas poderosas por mantener altos precios, pueden tratarse realmente de una tentativa de utilizar un cierto poder económico, para extraer más excedente de los consumidores, al eliminar la competencia de los precios entre las empresas. De esta

---

dinámico (al igual que ocurría con los intentos de «monopolizar» una industria a través de una fusión). Cualquier impedimento a este proceso de competencia dinámica, incluyendo las prohibiciones de colusiones en precios, constituye un obstáculo a la competencia del mercado.

<sup>53</sup>*Precios de Monopolio*, Disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/dic/bzm/p/preciom.htm>. (2014).

<sup>54</sup>*Dinámica Competitiva Alta*, Disponible en: <http://estrategiahoy.com/tag/dinamica-competitiva/>. (2014).

forma, uno podría considerar que el poder económico coincide con un comportamiento contrario a la competencia, según lo que mantiene la teoría *Anti-Trust*.

No obstante, al mismo tiempo, ese alegado acuerdo colusivo podría ser una clara medida a favor de la competencia. Por ejemplo, una empresa manufacturera puede suscribir un acuerdo de fijación de precios mínimos, con el compromiso de que su distribuidor va a ofrecer otros servicios adicionales, consistentes en una demostración del producto, servicio al cliente, etc.

Dicho de otra forma, en tanto no se obstaculice la entrada a una industria, cualquier intento de utilizar o controlar la fuerza económica para resistir la competencia no es el peor escenario. Mientras, la entrada al mercado no esté bloqueada, un intento de cartelizar la industria o de preparar un acuerdo entre competidores de fijación de precios, constituye una medida competitiva adoptada a la luz de un proceso empresarial dinámico.

Inclusive, estos intentos de control son en sí mismos acciones competitivas, puesto que se realizan estando sometidos a la competencia. No se llevan a cabo ignorando por completo la legislación actual, ni las leyes del mercado. Sus planes son llevados a cabo en ese marco económico y jurídico, buscando la manera de poder subsistir.

Por el contrario, cada intento de controlar la competencia con medidas demasiado duras o rígidas, tales como patentes o arbitrios adicionales, conduce a resultados inesperados que terminan siempre por paralizar la competencia.

Por eso, se puede decir que competir no significa actuar en forma necesariamente consistente, con el estado *perfectamente competitivo de la legislación Antitrust*. En realidad, consiste en intentar obtener lo que se percibe como posibles ganancias, con el conocimiento de que otros también puedan perseguirlas libremente, sin obstrucción ulterior, y para beneficio siempre del consumidor.

No es ningún secreto, que una empresa puede intentar conseguir beneficios cobrando sus productos a un precio alto, para luego descubrir que ha incurrido en pérdidas, debido a que con ello ha invitado a nuevos competidores a la industria. Asimismo, un grupo de empresas que coluden pueden estar actuando en forma similar. Lo importante aquí es que la empresa lo hizo de forma libre y aprendió de sus errores, ya que *a priori*, no detuvo la libertad de entrada de esos otros competidores.

De manera que nadie puede anticipar el precio correcto, o el *precio de equilibrio competitivo*. Las empresas no pueden anticipar todos los posibles beneficios y todos los errores que van a cometer en sus negocios. Sólo pueden conseguir información que los lleve a obtener dichos beneficios, utilizando el *proceso de competencia dinámica* llevado de la mano con el *trial and error*, como dicen los norteamericanos o la experimentación con los consumidores.

En otras palabras, es el propio proceso de *competencia dinámica* el que revela qué precio es demasiado alto y que precio es demasiado bajo. Un acuerdo colusivo para mantener un precio alto, sea cual sea el motivo por el cual se adopta, puede resultar en una actuación empresarial dinámica, a través de la cual la industria descubre el precio mínimo, por el que la producción pueda llevarse a cabo con éxito, que será a su vez de agrado a los consumidores.

En resumidas cuentas, cualquier impedimento a este proceso de *competencia dinámica*, incluyendo las prohibiciones de colusiones de precios, constituye un obstáculo a la competencia del mercado y a la innovación, ya que los priva de la oportunidad de conseguir la información necesaria que les permita establecer su precio de equilibrio, para poder sobrevivir en el mercado de la competencia.

## ***B. Prohibición de Recortes de Precios Predatorios***

La fijación de precios predatorios<sup>55</sup> es un término que se utiliza para describir una política que adopta una empresa de gran tamaño, con el objeto de eliminar inicialmente a sus rivales de menor tamaño. Consiste en forzar a los rivales más pequeños a abandonar su industria, a través de unos recortes en los precios de forma excesiva. Una vez estas pequeñas empresas ya están fuera del mercado, las grandes empresas proceden a aumentar sus precios de forma monopolística y arbitraria.

Para controlar esta tendencia, la normativa dominante ha preparado medidas *Anti-Trust*, destinadas a prohibir estos recortes de precios. Ellos consideran que estas medidas son necesarias para mantener la competencia activa en un mercado.

---

<sup>55</sup>Cfr. KIRZNER, I.M. “*Los Objetivos de la Política Antitrust: Una Crítica*”. Traducción de Eva Rosa Muñío Isac. Revisión de Jesús Huerta de Soto. Pág. 73-74. (Diciembre 1998). La fijación de precios predatorios es un término que se utiliza para describir una política que puede adoptar una gran empresa con objeto de eliminar inicialmente a sus rivales de menor tamaño forzándoles a abandonar la industria a través de unos recortes en precios excesivos a los que dichos rivales no se puedan enfrentar y, a continuación, una vez que éstos ya están fuera, aumentar sus precios de forma monopolística con total impunidad. Las medidas antitrust destinadas a prohibir estos recortes de precios se consideran necesarias para mantener la competencia activa en un mercado. Nuestra postura a este respecto es que, a menos que la entrada a la industria esté bloqueada por el gobierno, no existe razón alguna para creer que estas prácticas «predatorias» puedan tener éxito en el bloqueo de la competencia empresarial en esa industria. De hecho, aun cuando una única empresa «controle» La industria entera, hay que reconocer que (si no disfruta, ni ha disfrutado, de ninguna protección pública frente a la entrada de nuevas empresas) ha obtenido su posición a través de la competencia, en el sentido más natural del verbo «competir». Y podrá continuar en ella sólo en la medida en que compita con éxito enfrentándose a la competencia potencial de otras empresas que estén tentadas de entrar en La industria Esta empresa, que aparentemente domina el mercado, se verá forzada en cada gestión a atender a los consumidores en los términos que dicte k competencia, por temor y como anticipación a las acciones de los demás. En la actualidad, es bien conocido que existen pocas posibilidades de que la pauta de comportamiento descrita por la teoría de fijación de precios predatorios sea efectiva (aparentemente no ha ocurrido nunca de la forma en que uno pensaría que debía ocurrir una vez llegado el caso). Con todo, hay que resaltar que nuestra posición no depende de la efectividad, o más bien la falta de ella, demostrada por las prácticas predatorias. Nuestro punto de vista se basa en la idea de que, en realidad, con libertad de entrada, las posiciones «monopolísticas», incluso las que se han adquirido a través de precios predatorios, sólo se pueden conseguir y mantener en presencia de competencia y, por consiguiente, a través de un comportamiento competitivo por parte del «predador». Nadie puede saber si la razón que motiva un recorte de precios que elimina a un competidor es establecer un «monopolio» (en lugar de competir efectivamente con dicho competidor); además, cualquier intento de establecer un «monopolio», llevado a cabo cuando existe libertad de entrada a la industria, es en si mismo una actuación competitiva. (Puesto que una posición «monopolística» sólo puede mantener se, en presencia de competencia potencial, a través de un comportamiento competitivo, esto nos ha obligado a escribir en las frases anteriores el término «monopolio» entre comillas).

Una ilustración de este concepto, se pueda apreciar en el caso de *William Inglis & Sons v. ITT*, 459 U.S. 825 (1982). En este caso, el Tribunal utilizó el Examen “*Areeda Turner*”, con el objetivo de determinar si una reducción en los precios se podía clasificar como *precio predatorio*. El examen “*Areeda Turner*” parte del concepto de que los rendimientos del manufacturero se maximizan, en el punto en que la curva de ingreso marginal se corta con la del costo marginal. El ingreso marginal es el cambio en el ingreso total que se produce cuando la cantidad vendida se incrementa una unidad. Es decir, el incremento del ingreso total que supone la venta adicional de una unidad de un determinado bien. Mientras, que el costo marginal mide la tasa de variación del costo dividida por la variación de la producción.

Esto quiere decir, que si los precios de un producto empiezan a bajar del nivel de costo marginal, el manufacturero va a perder dinero. Esto no será aceptado voluntariamente, a menos que su intención sea la de establecer precios predatorios, con el propósito de excluir a sus competidores del mercado.

Aunque los tribunales se entusiasmaron inicialmente con el Examen “*Areeda Turner*”, éste ha tenido muchas críticas debido a que no tiene la precisión suficiente para identificar, si el precio es predatorio o no, pues trabaja con el *Costo Promedio Variable* o el costo variable total dividido entre el número de unidades producidas; y no con el *Costo Marginal*. Poco a poco, la jurisprudencia ha ido estableciendo diversos tipos de excepciones y requisitos a la utilización de dicho Examen, aunque no lo han descalificado del todo.

Por el contrario, *KIRZNER* sostiene que a menos que la entrada a la industria esté bloqueada por el mismo gobierno, no existe razón alguna para creer que las prácticas de fijación de precios predatorios, puedan tener éxito en bloquear por completo la entrada a la competencia empresarial en esa industria en particular.

Aun cuando una única empresa domine esa industria entera y se interprete como que su estrategia de precios son predatorios, hay que reconocer que si no disfruta, ni ha disfrutado de ninguna protección pública frente a la entrada de nuevas empresas, ésta se

ha esforzado y ha obtenido su posición de forma independiente, a través de la competencia en el sentido más natural del verbo competir. Esto quiere decir, que para sobrevivir ha tenido que utilizar algún tipo precio predatorio, y esto no implica que automáticamente tenga la intención de limitar la entrada de otras empresas y perjudicar la libre competencia.

En otras palabras, nació bajo el marco de las leyes de competencia y ha subsistido mediante ideas innovadoras que le permiten competir. Sólo podrá continuar en ella, en la medida en que compita con éxito, enfrentándose a la competencia potencial de las otras empresas que estén tentadas a entrar a esa industria. Además, se verá forzada en cada gestión a atender a los consumidores en los términos que dicte la competencia, por temor y como anticipación a las acciones de los demás, bajando o no sus precios.

### *C. Cárteles*

De acuerdo a *CLAIR WILCOX*<sup>56</sup>, un cártel es una asociación de empresas independientes en las mismas o similares ramas de la industria, creadas con el propósito de aumentar las ganancias de sus miembros, haciéndola sujeta a actividades competitivas para formar un control común.

Además, la membresía de tal asociación es usualmente voluntaria, aunque en algunos casos es requerida por la ley. En otros, el cumplimiento con los arreglos de dicha asociación depende de cuanta persuasión tenga, y que sea apoyada por varias formas de presión económica.

Además, puede estar creada en forma de un acuerdo contractual, o puede envolver el establecimiento de agencias administrativas. Más aún, puede durar unos pocos meses o puede subsistir por muchos años, ya sea logrando o no una posición dominante o de poder de monopolio sustancial.

---

<sup>56</sup> Cfr. WILCOX, CLAIR, *Competition and Monopoly in the American Industry*, Greenwood Press Publishers, 215- 275, Westport Connecticut. (1970) (Traducido).

Los miembros de tal asociación aunque se hayan puesto de acuerdo, continúan separados reteniendo su libertad de acción. La asociación requiere la sustitución de políticas comunes, por políticas independientes.

Por otro lado, los cárteles suelen estar encaminados a desarrollar un control sobre la producción y la distribución. Sus principales actividades se concentran en fijar los precios<sup>57</sup>, limitar la oferta disponible, dividir el mercado, y compartir los beneficios. De modo, que los cárteles mediante sus acuerdos colusivos forman una estructura de mercado monopolística, que les permite obtener un poder del mercado.

Como resultado, los cárteles obtienen los mayores beneficios posibles en perjuicio de los consumidores, teniendo las mismas consecuencias que con un grupo monopolista. La diferencia radica en que los beneficios totales de los cárteles, o sea los beneficios máximos posibles en el mercado son repartidos entre los grupos de manufactureros. Estos beneficios son los que inspiran la mayoría de las legislaciones existentes, ya que el tener un poder de mercado le produce miedo a los demás competidores, especialmente a los pequeños comerciantes.

Conjuntamente, existen cuatro tipos de categorías de cárteles que se distinguen de acuerdo a los métodos que emplean cada uno. Las más relevantes que se deben de conocer son las primeras dos. En la primera categoría, están las asociaciones que intentan controlar las condiciones de venta, como los cárteles estandarizados, los unidos en la simplificación y estandarización de los productos y los cárteles de término fijo; los que regulan asuntos, como las condiciones de la entrega, tiempo de pago, descuentos, opciones, acuerdos gratuitos, regreso de privilegios, calidad de las garantías, y las garantías en contra de la reducción de precios.

En la segunda categoría, están las asociaciones que se encargan de fijar los precios, tales como los cárteles de marcas registradas que se encargan de unir a los

---

<sup>57</sup> Cfr. DRA. ODRIOZOLA GUITART, JOHANA., *Derecho de la Competencia strictu sensu. ¿Mito o Realidad para Cuba?* Disponible en: <http://vlex.com/vid/competencia-strictu-sensu-mito-realidad-50234477>. (Diciembre 2004).

productores de los bienes que tienen sus propias marcas en boicots, y están dirigidos a los distribuidores que revenden más a un precio más barato.

Otros tipos de cárteles, son los de cálculo que promueven la adopción de métodos comunes de contabilidad de costo, los de estimados comunes de costo y márgenes de ganancias comunes, y el de precio mínimo y uniforme que circula la lista de los precios. Otro aspecto es que en ese cártel se sostienen reuniones para la discusión de precios, se organizan comités para emitir los horarios de los precios y la política de sus miembros; y para hacer cumplir la adhesión a dichos precios.

También, están los cárteles de *“profit sharing”* que operan los fondos que manejan las ganancias, recolectando toda o parte de las ganancias, y redistribuyéndolas en una forma predeterminada. Todos los participantes tienen que estar de acuerdo con el precio, la producción, las cuotas, y la localización de las ganancias.

En fin, se encuentran los cárteles llamados sindicatos que se dedican a emplear agencias comunes para negociar ventas para sus miembros, y localizar órdenes o distribuir en todo o en parte su producción; fijando a su vez términos y precios, asignando cuotas, y dividiendo ganancias.

Igualmente, de haber algún tipo de incumplimiento por parte de sus miembros, los cárteles están en posición de disciplinarlos, revocando las licencias concedidas o las patentes que sostienen un fondo común. Además, pueden imponer multas en contra del dinero que tienen en depósito, y congelar sus pagos para igualar los fondos de sus ganancias, los recibos de las ventas, y otros fondos que controlan.

Del mismo modo, si se encuentran con un fuerte competidor extranjero pueden obligarlo a que se convierta en miembro; o pueden expulsarlo de su negocio ofreciendo descuentos de lealtad a sus clientes para que no traten con ellos, boicoteando a sus suplidores, clientes e impidiendo el acceso a su materia prima, y a los demás mercados.

Otro aspecto a considerar es que los posibles perjuicios que causan los cárteles, pueden generar a su vez, medidas domésticas para la aplicación de sus legislaciones internas. Sin embargo, es controvertible<sup>58</sup> su justificación y aplicación, a menos que en un principio la adopción sea de un acuerdo internacional. En este sentido, se permite que un país aplique su legislación a cualquier cártel, siempre que los efectos de éste afecten a su propio mercado y al exterior.

Realmente, el temor que el público muestra ante los *grandes negocios monopolísticos*, o las conspiraciones políticas o *los cárteles*, no es tanto por su *capacidad o tamaño* para afectar los *precios per se*, sino por su *poder* para poder controlar esos precios, *sin miedo o preocupación* alguna, acerca de la reacción que van a tener las demás empresas competidoras en el mercado.

Por el contrario, *George Gunton* decía que *la concentración de capital* de las grandes empresas, *no saca a los pequeños capitalistas del mercado, sino que simplemente los integra en más grandes y complejos sistemas de producción, en los cuales son capaces de producir de forma más barata, para la comunidad y obtener un ingreso mayor para sí mismos.*

Esto quiere decir que los acuerdos en forma de cárteles tienen grandes beneficios; ya que incluye a los pequeños comerciantes en la producción de los bienes y servicios de una forma más dinámica que promueve un ahorro en los costos. Así se está motivando que los bienes sean ofrecido de forma más económicos para una población, y como resultado se genera una mayor cantidad de ingresos para ambas grandes y pequeñas empresas.

Sin embargo, existen dos tipos principales de prácticas comerciales que pueden ser utilizadas por los cárteles, y tener efectos anticompetitivos que perjudican el comercio internacional. Éstas son las restricciones horizontales y las restricciones verticales.

---

<sup>58</sup>*Experiencia Adquirida Hasta La Fecha En Materia De Cooperación Internacional Sobre Cuestiones De Política De La Competencia y Los Mecanismos Utilizados*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Disponible en: <http://unctad.org/es/docs/c2clp21.sp.pdf>. (8 de mayo 2001).

### ***Restricciones Horizontales***

Las restricciones horizontales se definen como aquellos acuerdos entre empresas rivales que fabrican productos idénticos o similares con el objeto de limitar la competencia. Un ejemplo de restricción horizontal se puede observar en el caso de *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982). En este caso, el *Tribunal Supremo de Justicia* le aplicó la “Regla Per Se” a un acuerdo de fijación de precios máximos, establecidos por la *Asociación Médica del Condado de Maricopa*, a pesar de que el acuerdo en sí mismo tenía por objeto la reducción de precios para los consumidores.

La razón para aplicar un tipo de análisis tan estricto fue explicada por el *Juez Stevens*, al decir que una vez se tiene experiencia con un tipo particular de práctica restrictiva; el *Tribunal* está facultado para predecir con confianza que la *Regla de la Razón* la condenará bajo la evaluación de todas las circunstancias del caso, ya que le impone una limitación irrazonable a la competencia. El *Tribunal* podrá aplicar una presunción concluyente acerca de que dicha práctica restrictiva en cuestión es irracional. En otras palabras, no se puede confiar que todos los acuerdos automáticamente serán revisados por la *Regla de la Razón*, porque crea sospecha.

Por otro lado, los *acuerdos de restricción horizontales* se revisten de tres formas, los *cárteles de exportación y acuerdos conexos*, los *cárteles de importación y acuerdos conexos*, y los *cárteles internacionales*.

### ***Los Cárteles de Exportación y Acuerdos Conexos***

Los *cárteles de exportación* o grupo de empresas que venden sus productos hacia el extranjero, se subdividen en dos grupos, los *puros* y los *mixtos*. Los *cárteles de exportación “puros”* aplican sus esfuerzos exclusivamente a los mercados extranjeros. Mientras, que los *cárteles de exportación “mixtos”* se dedican a limitar la competencia tanto en el mercado del país exportador, como en los mercados extranjeros.

En la mayoría de los países se considera que los *cárteles de exportación “puros”* quedan fuera del ámbito del *Derecho de la Competencia*, por dos razones. Primero, esos cárteles están fuera del alcance de las leyes internas en materia de competencia, y la otra es que están expresamente exentos de la aplicación de dichas leyes.

Por el contrario, los cárteles de exportación *“mixtos”* suelen estar sujetos básicamente a las mismas prescripciones, o prohibiciones directas que los que operan sólo en el mercado nacional.

Más tarde, la expansión norteamericana de sus exportaciones obligó a sus empresas a actuar de modo independientemente, cuando compiten y venden sus productos a empresas extranjeras que se unen en forma de cárteles.

Como respuesta a esta preocupación, el *Congreso de los Estados Unidos* en 1918 promulgó el *“Webb-Pomerene Export Trade Act, 15 U.S.C. 61 et seq.”* Dicha Acta eximió de la aplicación de las leyes *“Anti-Trust”*, a cualquier asociación que entre con un sólo propósito en el comercio de exportación, y sólo se desenvuelva en ese mercado. De esa manera, se legalizó la formación de cárteles de exportación en los Estados Unidos. Algunos ejemplos de asociaciones contenidas en la *“Webb-Pomerene-Act”* son la exportación de cemento, ropa, abrasivos, tales como: el alcohol, álcali, botones, carbón negro, etc.

No obstante, el Acta expresamente prohibía la acción colectiva dentro del mercado doméstico, aprobando sólo las ventas hacia el extranjero. Asimismo, había que probar que dicho cártel no es una limitación del comercio dentro de *Estados Unidos*, y del comercio de exportación de cualquier otro competidor doméstico que estuviera incluido en tal cártel.

Así la cosas, ni en *Estados Unidos* ni en cualquier otro lado se permite que se entre en un acuerdo, entendido o conspiración, para hacer cualquier acto que artificialmente o intencionalmente realce o deprima, los precios dentro de los *Estados*

*Unidos*, de las comodidades de la clase exportada; o sustancialmente disminuya la competencia dentro de los *Estados Unidos*, o produzca otras limitaciones de comercio.

Otro requisito que las empresas tenían que cumplir era rendir a la *FTC*, sus acuerdos de cárteles, reglamentos, e informes periódicos. La *FTC* era la agencia autorizada, para investigar y recomendar ajustes a las actividades comerciales que estuvieran dentro del alcance de la exención del “*Webb-Pomerene-Act*”. Pero, si la empresa no cualificaba para dicha exención, entonces le correspondía a la *FTC* comenzar con un proceso de penalización para la alegada conducta prohibida. No obstante, la *FTC* no estaba autorizada a emitir órdenes de cese y desista, para poder controlar las posibles conductas antimonopolísticas.

Por otra parte, los norteamericanos se encontraron con la situación de que la cartelización de las empresas extranjeras les provoca una disminución de sus propias ventas. Inclusive, en ocasiones, dichos cárteles extranjeros tienen la política de cobrar precios altos en las tarifas que circulan en los mercados nacionales, eliminando su competencia, mediante el uso de precios más bajos en los mercados más libres. Por ese motivo, las asociaciones competidoras norteamericanas adoptaron un patrón similar, capturando los mercados modernos y eliminando a sus rivales extranjeros usando precios mucho más bajos.

En cualquier caso, las asociaciones norteamericanas de todas formas pueden participar en cárteles internacionales organizados, con el propósito de aumentar sus precios en los mercados mundiales. La expansión de sus ventas se debe promover por medios auxiliares, reduciendo tarifas y otras barreras al comercio.

### ***Los Cárteles de Importación y Acuerdos Conexos***

Los *cárteles de importación*<sup>59</sup> y los acuerdos conexos actúan frecuentemente, como organizaciones que concentran sus compras para el suministro de materias primas

---

<sup>59</sup> Existe evidencia de participación norteamericana ya sea directa o indirecta, en los cárteles internacionales que controlan la venta de aluminio, cobre, suministros dentales, lámparas eléctricas, hierro, cuero, rayón, sulfuro, etc. En 1921, los Estados Unidos produjeron tres quintas partes de la

e insumos a una industria. Un ejemplo de este tipo de *cártel* es la industria de los productos químicos.

También, los *cárteles de importación* pueden establecerse para contrarrestar el poder en el mercado de los *cárteles de exportación* de otros países; cuando los importadores se enfrentan a manufactureros extranjeros con una posición dominante, y se considera que la competencia en ese mercado interno no está lo sustancialmente restringida.

Sin embargo, es de evidente preocupación ciertas actitudes exclusivistas desde el punto de vista del acceso al mercado, tales como: la constitución de *cárteles* por los importadores o compradores de un país con el propósito de establecer un boicoteo contra los competidores extranjeros o la negativa a tratar con ellos. Cuestiones afines son, la no admisión de dichos competidores extranjeros en las asociaciones comerciales, o la imposición de condiciones para ingresar en ellas, y en particular, la fijación de normas con fines exclusivistas por dichas asociaciones.

Por otro lado, los *cárteles de importación "duros"* están pura y simplemente prohibidos, por el *Derecho de la Competencia Norteamericano*. Un "*cartel de*

---

producción mundial de cobre. La "*Cooper Export Association*", siendo uno de los primeros grupos "*Webb-Pomerene*", incluía empresas que controlaba 9 de 10 de la producción norteamericana, y dos tercios de la producción mundial. Más aún, este *cártel* impuso una contribución a los consumidores de cien millones (\$100,000,000.000) de dólares en un año. Desde Mayo de 1929 hasta Marzo de 1930, en la Gran Depresión, el precio del cobre en New York fue mantenido a una constante de 17.8¢ centavos, una figura más alta que la obtenida en 1921 y 1928. En contraste, cuando el control fue abandonado, el precio del cobre bajó a 10¢ centavos por libra en 1930, y a menos de 5¢ centavos en 1932. Desde 1933 al 1935, durante la vida del "*N.R.A.*", la industria norteamericana fue dirigida por un código que recortó la producción a un cuarto de su capacidad, asignando una cuota específica a cada productor. Inmediatamente de 1935 al 1939, la producción de cobre que estaba regulada por intereses británicos en Rhodesia, por minas de compañías belgas en el Congo, y por las compañías norteamericanas, estaban a su vez siendo controladas por un *cártel* con cuota internacional. Aunque la producción norteamericana no fue añadida, se entendía que había participación norteamericana, porque de acuerdo a los periódicos locales éstos por su cuenta no podrían exportar más de nueve mil (9,000) toneladas de cobre en un mes. La proporción de la producción fue controlada por tres compañías dominantes, "*Anaconda*", "*Kennecott*", y "*Phelps Dodge*", que crecieron de un 26% en 1920, a un 77.6% en 1937. Al mismo tiempo, la industria doméstica estaba perdiendo su respaldo en el mercado mundial. La producción en los Estados Unidos cayó de un 58.7% del total mundial, a un 23.5% en 1935. También, la producción de los artículos de propiedad norteamericana creció de un 15.2% del total en 1920, a un 22.0% en 1937. Pero, esta ganancia fue compensada sólo parcialmente, por la disminución en la relativa importancia de la industria en su país. Aunque existen muchas razones que justifican el desarrollo de las propiedades extranjeras durante este período, su crecimiento fue estimulado por el hecho de que los productores norteamericanos, mantuvieron una sombrilla por encima de la industria por meses y años.

*importación duro*” se define como un acuerdo entre un grupo de empresas que han aceptado explícitamente entre sí, coordinar sus actividades con el fin de elevar el precio de Mercado. Es decir, que dichas empresas han entrado en algún tipo de acuerdo de fijación de precios.

Estos acuerdos interrumpen la propia iniciativa empresarial y el flujo del mercado. Además, son ilegales, aunque el precio resultante de los mismos sea razonable o competitivo. Tampoco, se permite alegar que las empresas implicadas sean pequeñas, o que su cuota conjunta de mercado sea de dimensiones reducidas. El *Tribunal Supremo* distingue los siguientes, dentro de una serie de categorías que se consideran como ilegales *Per Se*:

- **Cárteles de Fijación de Precios**<sup>60</sup>: se produce cuando se fija o altera, ya sea mediante un aumento o disminución, voluntariamente, y de manera más o menos simultánea, el precio de un mismo producto. No es necesario que todas las empresas fijen el mismo precio. Además, dicho acuerdo puede consistir en establecer precios mínimos, crear o eliminar descuentos, notificar previamente las alteraciones de precios, fijar las condiciones de crédito a los clientes, etc.
- **Cárteles de Limitación de la Producción**: se fijan cuotas de producción, para mantener el precio de un producto artificialmente alto.

Sin embargo, ante esta situación los *Tribunales Federales* sólo admiten algunas excepciones. Entre éstas se encuentran los acuerdos de colaboración entre empresas. Un tipo de acuerdo consiste cuando dos empresas establecen un “*Joint Venture*” socialmente ventajoso. Un *Joint Venture* es una entidad formada por dos partes para llevar a cabo una actividad económica. Las partes se ponen de acuerdo para crear una nueva entidad contribuyendo ambos en equidad, compartiendo sus ingresos, gastos, y el control de la empresa.

---

<sup>60</sup> Cfr. CORWIN, EDWARD D., *Control of Cartels and Monopolies, an International Comparison*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, (1967).

Otra excepción ocurre, cuando las empresas suscriben un acuerdo de precios, siempre que con ese pacto se esté lanzando un nuevo producto que esté compuesto por un conjunto de bienes cuyos precios se acordaron previamente. En otras palabras, que el acuerdo utilice un precio que surja del costo de un grupo de bienes que ambas empresas han aportado para la creación del producto.

### ***Los Cárteles Internacionales***

Otro tipo de *cártel* es el *internacional*. Un *cártel internacional* puede ser una asociación de empresas independientes, localizada en uno o más países. También, puede ser un súper-cártel compuesto de un número de empresas nacionales. En su membresía, puede incluir asociaciones de propiedad pública, de empresas privadas, o hasta del mismo gobierno.

El propósito de esta asociación es el mismo que tiene el *cártel nacional*, aumentar las ganancias de sus participantes, cotejando la competencia. Debido a que el acuerdo internacional de esta asociación trasciende la soberanía nacional, sus postulados no tienen poder de ley. Cada acuerdo es un tratado de poderes independientes, y cada *cártel* en efecto es una liga de naciones.

Por su parte, los *cárteles de fijación de precios internacionales* han controlado las tasas cobradas por los servicios internacionales, y han establecido los precios de los bienes vendidos en los mercados mundiales. Nadie conoce en realidad cuantos *cárteles internacionales* existen. Estos acuerdos internacionales han afectado el comercio de materiales básicos, tales como: el aluminio, cemento, carbón, cobre, hierro, acero, plomo, caucho, azúcar, lata, trigo, zinc, etc.

La *OPEP* (Organización de Países Exportadores de Petróleo) es un claro ejemplo de un *cártel*, y representa el prototipo de un *cártel* de éxito. Su existencia se debió a que estuvo fuera del control de un país individual. Compuesta por trece países, la *OPEP* fue efectiva en los años setenta cuando limitó la oferta del petróleo, y aumentó sus precios.

Por otra parte, se reconoce que los *cárteles internacionales*, y los acuerdos de reparto del mercado entre empresas de dos o más países, se asemejan en su constitución a los acuerdos horizontales de fijación de precios, y a otros arreglos colusorios dentro de un mismo país. En ambos casos, se limita la competencia, se aumentan los precios, se restringe la producción, y se reparten los mercados para el beneficio exclusivo de las empresas.

En la medida en que los efectos de los *cárteles internacionales* sean similares a los de los *cárteles nacionales*, el recurso para sancionar las posibles violaciones del *Derecho de la Competencia*, ha de ser un instrumento bastante eficaz. Como por ejemplo, en los años 1940 y 1950, las autoridades antimonopolísticas de los *Estados Unidos* iniciaron procedimientos antimonopolísticos contra un gran número de casos de *cárteles*, que actuaban en los mercados internacionales de productos primarios y de manufactura. Se trataba de asuntos en que intervenían la fijación colusoria de precios, y la asignación directa de mercados nacionales entre empresas que de otro modo tendrían que competir entre sí.

Mientras que en los años 90, hubo otra nueva ola de procesos contra los *cárteles internacionales de fijación colusoria de precios*, entre los fabricantes de productos, tales como: la lisina, el ácido cítrico, y el papel para fax.

### ***Obstáculos a la Colusión que Conducen al Fracaso***

Los *cárteles* y los *acuerdos colusivos* se enfrentan a ciertas barreras. Por lo que, es difícil establecer y mantener dichos *cárteles* y *acuerdos* por mucho tiempo.

### ***Diferencias de la Demanda y de los Costos:***

Cuando los costos y la demanda que tienen las empresas que forman un *cártel* son diferentes, se hace más difícil lograr un acuerdo de precios. Esto sucede, cuando los costos son diferenciados o que cambian con el tiempo. Un ejemplo de estos tipos de costos, son los de transportación que varían de acuerdo al lugar de envío. Aun con

productos altamente estandarizados, o que deben cumplir con ciertas normas mínimas de calidad que usualmente son establecidos por el Estado; es de esperarse que las empresas tengan participaciones diversas en el mercado, y que operen con diferentes niveles de eficiencia productiva. En otras palabras, las empresas operan con diferentes costos, utilizando de manera eficiente y diversa sus recursos; utilizándolos al máximo, y produciendo sus productos con un mínimo de recursos que tengan disponibles.

Inclusive, es probable que los *cárteles oligopolistas homogéneos*<sup>61</sup> o los que poseen el mismo género o naturaleza; tengan incomparables curvas de demandas y de costos. En ese caso, el precio que maximiza los beneficios de cada empresa es desigual. No hay un precio único, fácilmente aceptable para todos. Por lo que, el acuerdo de precio colusivo depende, entonces de los compromisos y concesiones que formen para llegar a cierto grado de entendimiento que es difícil de lograr en la práctica.

Por ejemplo, es probable que las posiciones de ingreso marginal que son iguales a las de costo marginal de las empresas A, B, y C, exijan fijar unos precios de \$12, \$11, y \$10, respectivamente, aunque este conjunto de precios pueda ser insatisfactorio para una o más empresas. La empresa A puede pensar que las diferencias de calidad de su producto, sólo justifican un diferencial de precios de \$1.50 y no de \$2 en comparación con el producto de la empresa C.

En síntesis, las diferencias de los costos y de la demanda hacen difícil que los *cárteles* lleguen a un acuerdo de precio único, o a un conjunto adecuado de precios. Estas diferencias son por tanto, un obstáculo para la colusión.

### ***Número de Empresas:***

Aunque todos los demás factores se mantengan constantes, cuanto mayor sea el número de empresas, más difícil es establecer un *cártel* u otra forma de colusión de precios. Un acuerdo de precios entre tres o cuatro productores que controlan totalmente el mercado, es mucho más fácil de lograr, que cuando se trata de diez empresas que

---

<sup>61</sup>*Homogéneo*, Disponible en: <http://www.wordreference.com/definicion/homog%C3%A9neo>. (2014).

mantienen el 10% del mercado; o cuando las “*tres grandes*” tienen el 70% del mercado, mientras que una “*franja competitiva*” de ocho a diez empresas más pequeñas luchan por la parte restante o el 30%. En otras palabras, cuando se unen un gran número de empresas es difícil mantener los acuerdos sostenidos y su disciplina, porque hay mayor probabilidad de incumplimiento de los mismos.

***Trampa:***

Existe la tentación de que los *cárteles* hagan reducciones clandestinas a los precios. En otras palabras, que hagan concesiones secretas en donde reduzcan sus precios, para así obtener negocios adicionales a los acordados. El problema de esa trampa consiste, en que después que los compradores vayan a pagar un precio mayor por un producto, se enteren de que existen ventas en otro lugar a un precio menor; y como resultado exijan un tratamiento similar, haciendo que la competencia se torne uniforme y estable.

A la inversa, los compradores que reciben las concesiones de reducción de precios de un *cártel*, pueden emplear dicha ventaja, como medio para presionar y obtener precios aún menores de las empresas rivales. El intento de los compradores de confrontar a los vendedores, puede propiciar una guerra de precios en cadena entre las empresas.

Por lo tanto, aunque sean convenientes las concesiones secretas de precios, éstas presentan una amenaza contra la permanencia del *cártel u oligopolio colusivo*<sup>62</sup>. El oligopolio colusivo se presenta cuando las pocas empresas que constituyen una industria oligopólica, llegan a un acuerdo explícito o tácito para fijar precios, dividir el mercado, o restringir la competencia por otros medios. Éstos pueden estar organizados en forma de un *cártel*, o un *liderazgo de precios*<sup>63</sup>. Mientras que una compañía ostenta el

---

<sup>62</sup>*Oligopolio Colusivo*, Disponible en: [http://custurateodora.blogspot.com/2010/01/tema-6-modelos-de-mercados\\_17.html](http://custurateodora.blogspot.com/2010/01/tema-6-modelos-de-mercados_17.html). (17 de enero de 2010).

<sup>63</sup>*Liderazgo en los Precios*, Disponible en: [http://es.mimi.hu/economia/liderazgo\\_de\\_precios.html](http://es.mimi.hu/economia/liderazgo_de_precios.html). (2014).

*liderazgo de precios*, cuando sus decisiones sobre los precios, ya sea de aumentos o disminuciones, son imitadas por el resto mercado.

***Recesión:***

La recesión se define como la disminución de las actividades económicas, comerciales e industriales. La recesión suele ser un enemigo de la colusión, debido a que el colapso de los mercados tiende a aumentar los costos medios. Esto quiere decir, que cuando las curvas de demanda y de ingreso marginal de los *cárteles* se desplazan hacia la izquierda, cada empresa retrocede un punto más alto de su curva de costo medio total, provocando la necesidad de aumentar sus precios.

Además, en las empresas que tienen una capacidad ociosa de producción, las ventas disminuyen, los costos aumentan, y los beneficios se reducen. En estas condiciones, para que las empresas puedan mejorar necesitan evitar las grandes disminuciones de sus beneficios mediante la reducción de sus precios, con la esperanza de obtener ventas mayores a costa de los rivales.

***Entrada Potencial:***

El aumento de los precios y los beneficios resultantes de la colusión, pueden atraer a nuevas empresas para que se unan a esa industria, incluyendo a las empresas extranjeras. Esta entrada, aumenta la oferta del mercado, y por consiguiente reduce los precios y los beneficios.

Por lo tanto, para que la colusión tenga éxito se requiere que los *cárteles* bloqueen completamente la entrada a los nuevos productores. Dicho de otra forma, los *cárteles* no ocasionan problemas, siempre y cuando no le limiten la entrada a los nuevos competidores en el mercado.

***Obstáculos Legales:***

Las leyes “*Anti-Trust*” prohíben los *cárteles* y las formas de colusión. Estas leyes utilizan como modelo la llamada *Competencia Perfecta* y sus recursos mediante una *Eficiencia Estática*, donde todo el mundo es precio-aceptante.

En *Estados Unidos* para poder continuar estableciendo sus precios de forma competitiva y colusiva, las empresas han tenido que recurrir a algunas formas de manipulación de precios menos obvias, como el *liderazgo en los precios*.

***Las Restricciones Verticales:***

Las restricciones verticales son acuerdos anticompetitivos, entre empresas de la cadena de producción-distribución. Estos acuerdos se interpretaban que eran “*Ilegales Per Se*”.

A partir de los años 80, se fue creando un cuerpo de análisis económico y jurídico de los acuerdos verticales que apoyaba la noción, de que los acuerdos de restricciones verticales no suelen ser perjudiciales para la competencia, e incluso en algunos casos pueden ser favorables a la misma. Como resultado, se asegura la calidad de los productos, facilitando el acceso a nuevos mercados.

En la jurisprudencia, poco a poco se fue imponiendo esta doctrina, dándole plena libertad a las empresas a la hora de escoger y relacionarse con sus clientes y manufactureros. Se considera que hay colusión cuando hay un claro daño a la competencia, resultante en un perjuicio a los consumidores. Para ello, suele ser un requisito esencial que la empresa tenga un poder de mercado.

En ese tiempo, el único tipo de acuerdo vertical que la jurisprudencia prohibía era el de fijación entre un manufacturero y un distribuidor de un precio mínimo de reventa. En estos casos, se consideraba que siempre había una conducta anticompetitiva.

Pero, se permite que el manufacturero imponga a todos sus clientes una política de precios de venta recomendados o sugeridos, y que rescinda la relación en caso de un incumplimiento por parte del cliente.

***Cárteles en el Mercado Norte Americano:***

Por otro lado, con excepción del “*Pacific Coast Oil Cartel*”, las organizaciones que sus actividades son parecidas a los *cárteles*, se conocen como asociaciones, institutos, industrias o clubes, pero no expresamente como *cárteles*. Cada asociación comercial, se parece a los cárteles de términos fijos que intentan controlar los precios de los bienes vendidos.

Han habido casos en que una agencia, como el *Sindicato Europeo*, ha sido empleada como *cártel*. Esas agencias hicieron su aparición entre 1920-1949, en productos tales como: las latas de sardinas, carbón bitumul, dulce en varitas, tubos de concreto, papel blanco, etc.

En muchos casos, estas asociaciones han usado el boicot o la presión que se ejerce sobre una persona o entidad, suprimiendo o dificultando cualquier relación con ella; como un arma, igual que en los *cárteles europeos*. El paralelo que se puede sacar entre las asociaciones de comercio, y las actividades de los *cárteles* fue la declaración hecha por el *Presidente Roosevelt* en el mensaje que creó, el “*Temporary National Economic Comitee*”.

*“Las empresas privadas están cesando de ser empresas libres, y se están convirtiendo en una agrupación de colectivismo privado. Se están enmascarando en un sistema de empresas libres que siguen el modelo americano, pero de hecho se convirtieron en sistema de cártel oculto que sigue el modelo europeo”.*

### ***Colusión Encubierta: La Conspiración de las Empresas de Equipo Eléctrico***

Los *cárteles* son ilegales en los *Estados Unidos*, y por lo tanto la *colusión*<sup>64</sup> ha tenido que ser secreta o encubierta. Es frecuente que se realicen pactos entre caballeros en cócteles y juegos de golf, o mediante llamadas telefónicas. Incluso, se hacen acuerdos en reuniones de asociaciones comerciales, donde las empresas competidoras llegan a acuerdos verbales sobre el precio del producto, y dejan que las participaciones en el mercado estén sujetas al ingenio de cada vendedor. Aunque estos pactos infringen las leyes “*Anti-Trust*”, su carácter elusivo hace que sea muy difícil detectarlos y penalizarlos.

Sin embargo, en 1960 se descubrió un plan que contenía un acuerdo de fijación de precios y de reparto de mercado en el caso de *U.S. v. General Electric*, 42 Fed. Reg. 17,004 (1977). En dicho caso, se involucraron compañías manufactureras o fabricantes de equipos eléctricos pesados, tales como: los transformadores, turbinas, interruptores de circuitos, y sistemas de conmutación. Las empresas “*General Electric*”, “*Westinghouse*”, y “*AllisChalmers*” elaboraron dichos planes encubiertos para acordar los precios y repartirse el mercado.

En unas reuniones periódicas, las corporaciones acusadas utilizaron un plan o fórmula para presentar licitaciones, por medio de precios similares a los de las compañías de servicios públicos, de las corporaciones industriales privadas, y los contratistas que sus representantes denominaron como la fórmula del “*ciclo lunar*”, o “*luz de luna*”.

Mediante una rotación cíclica de la posición inherente en la fórmula, una de las corporaciones acusadas cotizaría el precio menor, otras cotizarían precios intermedios, y

---

<sup>64</sup>En 1992, el gobierno acusó a varias aerolíneas de fijar el valor de las taquillas, durante el período de 1988-1992. Los acuerdos para aumentar las tarifas o eliminar los descuentos, se llevaron a cabo dando a conocer las tarifas propuestas, a través de su sistema computarizado. También, los fabricantes de esponjillas de acero “*SOS*” y “*Brillo*” fueron acusados recientemente, de coordinar por teléfono sus aumentos de precios y sus descuentos. Además, en 1993 las compañías de alimentos “*Borden*”, “*Pet*”, y “*Dean*”, entre otras, fueron acusadas de manipular los precios de los productos lácteos que vendían a las escuelas y a las bases militares.

otras cotizarían el precio más alto. Las posiciones se rotarían periódicamente entre las corporaciones acusadas. Esta fórmula fue diseñada para que cada corporación acusada tuviera conocimiento del precio exacto que ésta, y las demás corporaciones cotizarían en cada licitación.

Además, en esas reuniones periódicas las empresas acusadas circulaban una lista acumulativa de los precios de negocios que iban a licitar, y sus representantes comparaban la posición relativa de cada corporación de acuerdo al porcentaje de las ventas totales que habían acordado. Luego, los representantes discutían las propuestas de licitación futuras. Después, designaban cuál corporación acusada debía presentar la cotización mínima, y el monto de esa licitación, más la cantidad asignada a las otras corporaciones.

Como resultado, (29) veintinueve empresas manufactureras y cuarenta y seis (46) ejecutivos, fueron acusados en esta “*gran conspiración eléctrica*” que violó las leyes “*Anti-Trust*”. Se le impusieron una serie de multas, encarcelamientos, y procesos legales entablados por los compradores afectados. Sin embargo, no existe evidencia que estos acuerdos impidieron la entrada de nuevos competidores o que creara un *cártel* u *oligopolio colusivo* que estrangulara la competencia.

***Factores que Facilitan las Prácticas Anticompetitivas que Inciden en el Comercio:***

Existen medidas y políticas oficiales que facilitan las prácticas anticompetitivas, dañinas a las empresas; y que por ende redundan en el menoscabo de los beneficios de la liberalización del comercio. En este contexto, se encuentran los siguientes factores:

- La existencia o inexistencia de una normativa, y una política bien estructuradas en materia de competencia.
- Las exenciones reglamentarias o los regímenes reguladores, que son protectores al amparo de los cuales se consiente la conducta incriminada.

- La falta de un aparato represivo adecuado para hacer cumplir las leyes, y las políticas relativas a las prácticas anticompetitivas.
- La existencia de otras políticas oficiales que implícita o explícitamente, sancionan o fomentan el comportamiento anticompetitivo.
- La ausencia de normas eficaces que rijan el acceso a los servicios, e instalaciones esenciales en el contexto de la desregulación.

#### ***D. Prohibición de Discriminación de Precios***

La *discriminación de precios*<sup>65</sup> se practica cuando una empresa cobra distintos precios a cada tipo de cliente, en función de las diferencias entre las elasticidades de su demanda. La *elasticidad de la demanda* se define como el cambio porcentual en la cantidad demandada, dividido por el cambio porcentual en el precio. Se utiliza para medir la sensibilidad o capacidad de respuesta de un producto a un cambio en su precio.

Este método de *discriminación de precios* se puede cotejar en el caso de *Utah v. Continental Baking*, 386 US 685, (1967). El caso trata de sobre un manufacturero o productor local de postres de helados del *Estado* de *Utah*, conocido como *Utah Pie*. *Utah Pie* denunció a otros tres productores nacionales, llamados *Continental Baking*, *Pet Milk* y *Carnation Company*, que entraron a competir en el mismo *Estado*, cobrando precios mucho más bajos de los que cobraban en otros puntos del país. Por lo que, la participación de *Utah Pie* en el mercado se redujo y se comprobó la existencia de una diferencia de precios, por parte de las empresas denunciadas.

Como consecuencia, esto hecho condujo a que el *Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, sancionara a estas últimas empresas por infringir la *Ley Robinson-Patman*. Se comprobó que hubo una diferencia de precios que le hizo daño a un competidor, y no se pudo justificar en términos de costos o de igualación de precios de otro competidor.

---

<sup>65</sup> Cfr. FISCHER STANLEY, DORNBUSCH RUDIGER, SCHMALENSSEE RICHARD, *Economía*, McGraw-Hill, pág. 262, Segunda Edición, (1990).

En el caso de *Federal Trade Commission v. Morton Salt*, 334 US 37 (1948), un manufacturero o productor de sal de mesa fue condenado por planificar un esquema de *discriminación de precios*, que beneficiaba a sus clientes más importantes. El manufacturero denunciado manifestó que su esquema no era discriminatorio, porque los descuentos que ofrecía estaban disponibles para cualquier otro comprador, e intentó demostrar que no existía un perjuicio sustancial a la competencia; porque todos los compradores afectados eran comercios cuya venta de sal representaba una fracción muy pequeña de sus ingresos totales. El *Tribunal* desestimó los argumentos que fueron denunciados por este manufacturero, sosteniendo que los descuentos ofrecidos estaban teórica, pero no *funcionalmente disponibles*, para los compradores más pequeños. Consideró, que si bien la venta de sal era una actividad menor para los compradores involucrados, la práctica discriminatoria había tendido un efecto lesivo sobre la competencia en el mercado minorista de ese producto en particular.

Por el contrario, la razón principal para que exista la prohibición de la *discriminación de precios*<sup>66</sup>, de acuerdo a *KIRZNER*, es la certeza económica de que no se puede practicar bajo la *competencia perfecta*.

---

<sup>66</sup> Cfr. KIRZNER, I.M. “*Los Objetivos de la Política Antitrust: Una Crítica*”. Traducción de Eva Rosa Muñío Isac. Revisión de Jesús Huerta de Soto. Pág. 75-76. (Diciembre 1998). La razón fundamental para esta prohibición es la certeza económica de que no se puede practicar una discriminación de precios bajo competencia perfecta. «Con productos homogéneos y funciones de demanda perfectamente elásticas en los mercados de factores y bienes, los precios... serían idénticos». La capacidad para fijar precios diferentes para el «mismo» producto a distintos compradores constituye, por lo tanto, una evidencia del poder de monopolio. En EE UU, algunas de las leyes básicas antitrust (la ley Clayton de 1914 y la ley de Robinson-Patman de 1936) consideraban la discriminación de precios como una forma de eliminar la competencia y explotar una posición de monopolio una vez que se ha adquirido. De acuerdo con nuestro punto de vista, habría que considerar este aspecto desde una perspectiva completamente diferente. En este artículo, hemos analizado que el proceso competitivo está conformado por distintos movimientos empresariales que persiguen aprovechar las oportunidades de beneficios (generadas por las diferencias existentes entre las condiciones del mundo real, por un lado, y un modelo de equilibrio perfectamente competitivo, por el otro). Como ya hemos visto, el único elemento requerido para poner en movimiento este proceso es la existencia de libertad para aprovechar las oportunidades de beneficios que uno percibe (o que cree haber percibido). Un economista no necesita defender (aunque podría hacerlo) la moralidad de la práctica de discriminación de precios para reconocer, al menos, que dicha práctica (en la medida en que se aplica sin protección alguna frente a la competencia de otras empresas) forma parte simplemente del proceso competitivo. Esto se debe no sólo a que la discriminación de precios ocurre bajo competencia libre y abierta, sino también a que forma parte del procedimiento a través del cual se puede descubrir el precio «correcto» (es decir el precio de equilibrio). Así, cuando un vendedor (comprador) pone a prueba a distintos compradores (vendedores) al exigir (ofrecer) diferentes precios, está contribuyendo y participando en ese procedimiento de búsqueda y descubrimiento que conforma el proceso del mercado. Prohibir la discriminación de precios es bloquear esta vía de exploración del mercado. El elemento clave para entender nuestra postura, frente a la sostenida por la literatura antitrust (no sólo por lo que se refiere a la discriminación de precios, sino también con relación a las otras

Hay que tener en cuenta, que si en un mercado hubiera muchos *productos homogéneos* o sea productos no diferenciados, y funciones de *demanda perfectamente elásticas*, los precios serían entonces todos idénticos. A través de la *discriminación de precios*, se puede descubrir el precio que sea correcto, es decir el precio de equilibrio de una empresa, porque se experimenta con varios precios dirigidos a diferentes mercados.

Por consiguiente, el prohibir la *discriminación de precios* sería cerrar aún más la vía de la investigación comercial, y estorbar mucho más aún a la competencia. Si se pudiese saber ese precio de antemano, entonces podría anticiparse que el discriminador que ofrece un precio mayor a ciertos compradores, estaría automáticamente obteniendo mayores beneficios en virtud de su posición monopolística, en perjuicio de los consumidores.

Algo que es ilógico, ya que nadie tiene la facultad de adivinar cuál va a ser su precio equilibrio de forma exacta, habiendo tantos factores que hay que tomar en consideración, tales como los costos fijos, los costos variables, la inflación, los impuestos del Estado, etc. Ni tampoco, podemos asumir que todos los que utilizan la *discriminación de precios*, tienen la intención de crear un monopolio.

Así, cuando un vendedor/comprador pone a prueba a distintos compradores/vendedores exigiendo diferentes precios, está contribuyendo y participando en ese procedimiento de búsqueda y descubrimiento dinámico que compone el proceso del mercado. Prohibir la *discriminación de precios*, es obstruir esta vía de exploración del mercado y dificultar más aún la competencia.

---

herramientas de la política antitrust) es reconocer que nadie conoce, y posiblemente nadie pueda conocer, a priori, cuál «debería ser» el precio de mercado. Si se pudiese saber ese precio, entonces podría considerarse que el discriminador que carga un precio mayor a ciertos compradores estaría obteniendo beneficios en virtud de su posición monopolística (que es la que le proporciona el poder para discriminar). Sin embargo, una vez que se reconoce que nadie sabe, ni puede saber, el precio «correcto», resulta obvio que un discriminador de precios está simplemente «sondeando» una forma de aprovechar (o, más bien, de intentar aprovechar) ciertas oportunidades de beneficio que considera disponibles para él. Puesto que nosotros entendemos que la explotación de las oportunidades de beneficio es la forma en que los agentes empujan al mercado hacia una mayor coordinación interna, debemos rechazar las prohibiciones gubernamentales de discriminación de precios adoptadas por las autoridades a la luz de las políticas antitrust.

Por el contrario, el mercado norteamericano tiene una mayor inquietud de prohibir la *discriminación de los precios*, para preservar el bienestar del consumidor, porque de éste podría depender la supervivencia de esos competidores más débiles.

Aunque dice querer preservar la *libertad económica*, en lo que se refiere a los precios, lo que se percibe es que está protegiendo su número infinito o muy grande de empresas, en vez de a los pequeños comerciantes, siguiendo un estado económico perfectamente competitivo.

Por estas circunstancias, las opiniones están en *quare* o divididas; y no es raro ver la solicitud cada vez mayor de la *cooperación internacional gubernamental*, para poder confrontar las alegadas amenazas de las *grandes empresas*, cuando *discriminan precios* y para *preservar la libertad económica de los competidores en el mercado*.

Irónicamente, la amenaza real en sí proviene del crecimiento de los gobiernos y en concreto, de la tendencia a establecer estructuras gubernamentales supranacionales, que utilizan la normativa *Antitrust más su jurisprudencia*, para salvaguardar sus propios intereses, olvidando las preferencias de los consumidores y de los pequeños comerciantes.

#### ***E. Conclusiones y Análisis de los Acuerdos de Fijación de Precios y a los Cárteles de Fijación de Precios***

La primera Ley Federal *Antitrust* se aprobó en 1890, conocida como la “*Sherman Act*”. La finalidad de la *Ley Sherman* era la lucha contra los “*trust*” y los monopolios, atendiendo la *libre formación de los precios*. Este propósito está unido al mismo tiempo con el concepto del *Mercado*.

De ahí la importancia de que esos precios sean únicamente fruto del proceso del Mercado, sin que vengan afectados por decisiones ajenas a lo que espontáneamente resulta de dicho proceso. Por lo tanto se justifica que la *Ley Sherman* se ocupe de los *acuerdos de fijación de los precios*.

Entonces, para velar por *la libre formación de precios en el mercado*, la Ley Federal “*Sherman Antitrust Act*”, 15 U.S.C.A. § 2, declaró ilegal todo contrato, asociación en forma de “*trust*” o conspiración de otra índole que restrinja el tráfico mercantil, o el comercio entre varios Estados o Naciones Extranjeras.

Además, utilizaba como medida de evaluación de dichos contratos o acuerdos, la *Regla Per Se*. Dicha regla supone que por ejemplo un acuerdo de fijación de precios se considera como una práctica, o conducta es ilegal; sin que sea necesario analizar sus causas, ni sus consecuencias en el mercado, ni el poder de mercado de quien la ejecuta. Es decir, se le puede considerar ilegal *per se*, aun cuando los demandados no tengan poder de monopolio, u otro poder semejante. La conducta es en sí misma ilegal, o anticompetitiva, y ello es suficiente para sancionarla.

Una vez se determinaba que la conducta merecía ser sancionada la “*Sherman Antitrust Act*”, le impone multas que no excederán de diez millones (\$10,000,000) de dólares, si es una corporación. Pero, si es una persona particular la multa será de trescientos cincuenta mil (\$350,000) dólares, o una pena restrictiva de libertad que no excederán de tres años, o ambas penas a discreción del Tribunal.

Asimismo, dispuso en la sección 2 que cada persona que monopolice o intente monopolizar, o combine o conspire con otra persona para monopolizar cualquier parte del comercio entre los Estados o Naciones Extranjeras, sea culpable de un delito grave y convicto.

De igual forma, el culpable será castigado también con una multa que no excederá de diez millones (\$10,000,000.00) de dólares si es una corporación, pero si es una persona natural será de trescientos cincuenta mil (\$350,000.00) dólares, o una pena de cárcel que no excederá de tres años o ambas penas a discreción del Tribunal.

En *Puerto Rico*, la legislación referente al *Derecho de Competencia* es la *Ley Núm. 77 de 25 de junio de 1964*, según enmendada, y conocida como la “*Ley Para Prohibir las Prácticas Monopolísticas y Proteger la Justa y Libre Competencia en los*

*Negocios y el Comercio*". Ésta ley se creó para proteger al pueblo, asegurando a éste en general y a los pequeños comerciantes en particular, los beneficios de la libre competencia.

La sección 258 de dicha ley, dispone que todo contrato, combinación en forma de "trust" o en otra forma, o conspiración para restringir irrazonablemente los negocios, o el comercio en el *Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, sean ilegales.

Las penalidades que aplican a cualquier persona que viole esta ley son, que será culpable de delito menos grave y convicta con una multa que no será menor de cinco mil (\$5,000) dólares, ni mayor de cincuenta mil (\$50,000) dólares, o prisión que no excederá de un (1) año, o ambas penas a discreción del Tribunal.

Además, la sección 260 expone que toda persona que monopolice o intente monopolizar, o que se combine o conspire con cualquier otra persona, con el objeto de monopolizar cualquier parte de los negocios, o el comercio en el *Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, será considerada culpable de un delito menos grave.

Tanto el estatuto federal contra monopolios, como el de *Puerto Rico* han continuado en toda su fuerza y vigor; incluso después de aprobarse alguna legislación de emergencia tanto federal con la *Ley de Rehabilitación Industrial Nacional*, como local con la *Ley Núm. 2 de 1933*.

Cualquier persona que viole las disposiciones de las leyes contra monopolios, bien antes o después de aprobarse alguna legislación de emergencia, está sujeta a ser procesada y castigada. Sin embargo, puede escapar de responsabilidad, si prueba que los actos que se le imputan están autorizados por un código, convenio o licencia, aprobados, prescritos y expedidos, en la forma provista por dicha legislación de emergencia, *Pueblo v. Shell Co. (P.R.) Ltd., 56 D.P.R. 57 (1940)*.

Además, un monopolio se justifica por vía de excepción, cuando las *circunstancias geográficas, poblacionales y económicas*, o cuando la naturaleza del

servicio a prestarse o del producto a venderse son tales, que una comunidad queda mejor servida por un monopolio que por la ausencia de éste, *Protane Gas Co. of P.R. v. Ramos*, 95 D.P.R. 419 (1967).

Por su parte, la *Competencia* se define como un atributo del mercado en cuanto consiste en un proceso de asignación de recursos escasos a la cobertura de necesidades; y tanto más eficiente será cuanto mejor exprese las necesidades los demandantes, a través de los mecanismos de mercado, porque entonces los empresarios ajustarán su actividad y sus precios de acuerdo al *Principio de Soberanía del Consumidor*.

El *Principio de Soberanía del Consumidor* refleja que en un sistema capitalista, los manufactureros o productores se verán obligados debido a la competencia, a utilizar sus recursos de forma que puedan satisfacer la demanda de los consumidores. Para que opere, el *Principio de Soberanía del Consumidor* es preciso que en el mercado *rivalicen y compitan los operadores entre sí*. En otras palabras, es una fusión de muchas estrategias y factores.

Al mismo tiempo, para poder seguir aplicando este principio a favor del consumidor, el *Mercado* necesita del auxilio del Estado, porque los operadores están dispuestos a terminar con la competencia, ya sea mediante acuerdos colusorios de precios o la cartelización, o la concentración o el monopolio, todas esas figuras provenientes de la ley *Antitrust*.

De igual forma la legislación *Antitrust* del *Sherman Act* sigue la escuela de pensamiento *Neoclásica*, donde ninguno de los competidores pueda imponerle limitaciones irrazonables a la competencia.

La *Escuela Neoclásica* responde a un modo de pensar propio de las ciencias naturales y de los modelos matemáticos, que acaba por concluir en el constructo mental de la *Competencia Perfecta*. La *Competencia Perfecta* es la situación en la que el mercado es lo más competitivo posible. Todos los agentes son precio-aceptantes, y por

lo tanto, no tienen ningún poder para influir en sus precios, obteniendo las empresas el mínimo beneficio necesario para poder mantener la producción.

Es decir, la *Escuela Neoclásica* procura un elemento de *Intervencionismo*. Esto quiere decir, que ha llegado hasta intervenir en el mercado para que la competencia se mantenga libre, mediante la legislación *Antitrust*. Pero resulta que esas normas jurídicas pueden ser consideradas, como obstáculos a la competencia que es cabalmente no intervención, libertad de empresa, libertad de creación de riqueza; sino que se dedica a emprender las actividades que procuren coordinar *Recursos y Necesidades*, con el riesgo de equivocarse, pero sometiéndose al escrutinio del mercado, cuya información para los precios habrá de ser la única referencia para emprender la ventura empresarial.

Las disposiciones de las leyes *Anti-Trust* en el derecho norteamericano y puertorriqueño, utilizan como modelo la llamada *Competencia Perfecta* y sus recursos mediante una *Eficiencia Estática*, o sea que todo el mundo es precio-aceptante. En otras palabras, las empresas por su cuenta no pueden competir entre sí, utilizando estrategias innovadoras y dinámicas, ni desviarse de la normativa de precios.

Por el contrario, la *Escuela de Austria* es su más fuerte opositora. Ésta interpreta la competencia como un resultado de la libertad en el ejercicio de la empresa que exige desempeñarla con arreglo a la información que suministra un mercado no intervenido, porque toda intervención supone una interferencia en la competencia.

Según esta escuela no debiera existir ninguna ley *Antitrust*, porque toda ley supone un elemento de intervención que distorsiona el eficiente funcionamiento del mercado que puede exigir, en beneficio del consumidor, actos que según la ley *Antitrust* serían prohibidos, pero que en cuanto vienen determinados por el mercado libre son precisamente actos de competencia.

También, sigue de cerca la “*Visión Dinámica*” de la eficiencia. Su máximo exponente es *ISRAEL KIRZNER*. En la *Visión Dinámica*, lo esencial es la libertad de

entrada en el mercado y la libertad de propiciar la estrategia de precios que deseen para atraer al consumidor, ya que éste es el líder del mercado.

Además, en la *Visión dinámica* según *HUERTA DE SOTO* lo verdaderamente importante no es tanto el evitar el desperdicio de unos medios o bienes que se consideran conocidos y ya “*dados*” o *estáticos*. Al contrario, lo más significativo es descubrir y crear continuamente nuevos fines y medios, siempre impulsando la creatividad, la coordinación y aceptando que en todo proceso empresarial siempre surgirán nuevos desajustes.

Los empresarios tienen que organizar y coordinar su creatividad, que terminará por brindar nuevos productos que los hará destacarse en el mercado. Todo esto se puede llevar a cabo, mediante una *eficiencia dinámica* de los recursos que coordina y utiliza, todos los desajustes preexistentes como utensilios para crear nuevas oportunidades de ganancia, siguiendo las necesidades de los consumidores.

El concepto económico de *eficiencia dinámica*, se define como que está indisolublemente unido al concepto de *función empresarial*. Por lo que, define la *función empresarial*, como la capacidad típicamente humana para darse cuenta de las oportunidades de ganancia que surgen en el entorno, actuando en consecuencia para aprovecharse de las mismas.

Uniando estos dos conceptos de *eficiencia dinámica* y *función empresarial* se puede percibir que la función empresarial siempre genera y transmite nueva información. Es decir, todo acto empresarial supone el descubrimiento de nueva información que antes no tenía el actor, y supone una oportunidad de ganancia que previamente había pasado inadvertida.

De igual forma, el concepto de *eficiencia dinámica* incluye la noción de *creatividad* y *coordinación*. Esto quiere decir que en un sentido *dinámico*, el mercado puede asegurarse que un ser humano, una empresa, una institución, o todo un sistema

económico, serán tanto más eficientes conforme mejor impulsen la creatividad y la coordinación empresarial.

Por eso, se puede decir que *competir* no significa actuar en forma necesariamente consistente, con el estado *perfectamente competitivo de la legislación Antitrust*. En realidad, consiste en intentar obtener lo que se percibe como posibles ganancias, con el conocimiento de que otros también puedan perseguirlas libremente, sin obstrucción ulterior, y para beneficio siempre del consumidor.

Por otro lado, forma parte del punto de *vista dinámico*, el concepto de *distribución en exclusiva*, que utiliza un solo manufacturero. A *prima facie*, éste podría lucir como si estuviera añadiendo una restricción adicional a la competencia. La *distribución exclusiva* se entiende como aquella en que el manufacturero solamente le permite a unos revendedores especialmente seleccionados (generalmente sólo uno por área geográfica) a vender un producto.

Sin embargo, otra interpretación que se le puede dar a dicho concepto es que las nuevas empresas distribuidoras, no han sido lo suficientemente convincentes o atractivas, como para que un sólo manufacturero les suministre su mercancía.

Tampoco, nada impide que otros manufactureros ya existentes o de nueva creación, pasen a ocupar con los nuevos distribuidores ese *nicho de mercado*. Un *nicho de mercado* es una porción de un segmento de mercado, en la que los individuos poseen características y necesidades homogéneas, y estas últimas no están del todo cubiertas por la oferta general del mercado.

No importa que pongamos en marcha la *concepción dinámica de la competencia*, fomentando la libertad a la hora de suscribir acuerdos, como quiera el *Estado* es capaz de imponer sus propias restricciones.

Por su parte, existe en el *proceso de competencia dinámica* una *irradicable incertidumbre* que expresa JUAN RAMÓN RALLO. La *incertidumbre* presenta un futuro

que es imprevisible o que no se puede anticipar. Las empresas deben trabajar arduamente para buscar la manera de anticipar o determinar las preferencias del soberano que finalmente decide. Por tanto, lo único que importa es tener la confianza del consumidor. Además, si dicha incertidumbre es *irradicable* quiere decir que no se puede suprimir o eliminar del proceso de la búsqueda de información.

Entonces, para comprender adecuadamente la competencia hemos de reconocer, que simplemente *no sabemos* qué bienes obtendrán mañana el favor del consumidor. Pues en cierta medida, este dato sólo se conoce *a posteriori* o después, cuando todos los empresarios han llevado al mercado sus respectivas ofertas de bienes; y los consumidores atendiendo a sus cambiantes gustos, circunstancias y expectativas escogerán lo que más le agrade.

*SCHUMPETER* en su libro de la *Teoría del Desarrollo Económico* sigue una línea de investigación netamente *austriaca* relacionada con el *empresario innovador*. Este *empresario innovador* es aquel que concibe y descubre nuevos bienes, combinaciones de bienes, fuentes de aprovisionamiento, introduce innovaciones tecnológicas, continuamente creando nuevos mercados, y ampliando los ya existentes. Éste puede conseguir dichos bienes, una vez se haya convencido de la rentabilidad de un proyecto productivo, pidiendo préstamos en el mercado de capital.

Sin embargo, el empresario también posee un elemento exclusivamente *distorsionador o desequilibrador*. El ser *distorsionador* significa que deforma un hecho. Es decir, el empresario sólo se concentra en una de las facetas del proceso empresarial y descarta el resto, en lo que se ha denominado con la expresión ya consagrada de “*proceso de destrucción creadora*”. De todos modos, aunque el empresario pueda crear algún tipo de distorsión, es realmente beneficiosa para la competencia y para el consumidor.

Es decir, el empresario aplica *el proceso empresarial* mediante la distorsión y su fuerza explosiva se dedica a diseminar la información, a buscar recursos, fuentes innovadoras, y a promoverlas en el mercado. Éste puede conseguir esos recursos, una

vez se haya convencido de la rentabilidad de un proyecto productivo, pidiendo préstamos en el mercado de capital.

No importa cuán grande sea el volumen de recursos que una empresa tenga, su capacidad para conseguir beneficios no dependerá de ello, sino de la *Visión Empresarial* a la hora de emplear dichos recursos de forma que sea innovadora y rentable.

Usando esa *Visión Empresarial*, los *Manufactureros* que se encargan de llevar a cabo la fase económica de producción, deben establecer su precio inicial, cuando desarrollan un nuevo producto u objeto que se ofrece en un mercado con la intención de satisfacer aquello que necesita o que desea un consumidor; cuando introducen su producto en un nuevo canal de distribución, o área geográfica; y cuando solicitan nuevos contratos o acuerdos.

En este sentido, se utiliza la *Visión Empresarial* establecer un método de *Fijación de Precios* que hace referencia al precio que un vendedor asigna a un producto que ofrece en el mercado. Sin embargo, cada manufacturero, productor y/o vendedor tiene la posibilidad de fijar el precio que crea conveniente, para luego modificarlo.

Un *empresario* realmente no obstaculiza el mercado, sino que le da movimiento al mismo, si adquiere los recursos productivos que sean necesarios, y emplea su capacidad innovadora con una *visión* que le permita aprovechar finalmente los beneficios. Por lo que, el equilibrio no debe ser el factor más importante del proceso, sino el *proceso completo empresarial* que tiene que ser *dinámico* para que resulte en productos originales y pueda competir con el resto del mercado para atraer a los consumidores. Por lo que, si no fuera por el empresario, no existiría una competencia saludable.

De acuerdo a *KIRZNER*, uno de los intereses de la política *Antitrust* se conoce como la *Protección de la Libertad Económica de los Competidores en el Mercado*. Esto quiere decir, que la legislación *Antitrust* tiene como propósito impedir que las empresas poderosas pongan en peligro de extinción, a las empresas o competidores más débiles.

Para proteger la *libertad económica* de los competidores, surge la importancia de que los precios de los bienes sean únicamente fruto del *proceso del mercado*, que espontáneamente resulten de dicho proceso; sin que sean perjudicados por decisiones ajenas, como las de los fabricantes o en ocasiones del mismo *Estado*.

Por lo tanto, se justifica que hasta cierto punto la *Ley Sherman* se ocupe de regular los acuerdos de fijación de los precios y la cartelización, porque si no habría el potencial de que las grandes empresas manufactureras al no tener ciertas guías o límites, abusarán de su discreción a la hora de suscribir dichos acuerdos con sus distribuidores, perjudicándose entonces las empresas más pequeñas y el consumidor.

Asimismo, a la hora de fijar precios los fabricantes pueden utilizar otras variantes de fijación, para controlar el precio al que va a ser vendido su producto, conocido como los acuerdos de: *fijación vertical de precios, fijación de precios de reventa o la fijación de precios unilateral (resale price maintenance)*. Ésta implica la imposición del precio por parte de un fabricante, al cual su detallista revenderá el bien o servicio que dicho fabricante le suministra mediante un acuerdo.

*KIRZNER* nos dice que la *colusión de los precios* entre varias empresas competidoras, es una práctica anticompetitiva que es usualmente perseguida por las políticas del *Anti-Trust*. La *colusión* se denomina como el acuerdo entre dos o más empresas de un mercado determinado, que definen cómo cada una actuará de manera concertada con respecto a las demás empresas. El fin de este tipo de acuerdos es que cada una de las empresas participantes en la *colusión*, tome control de una determinada porción del mercado en el cual operan y actúan de manera monopólica, impidiendo a las otras empresas entrar al mercado.

En contraste, *KIRZNER* difiere de los propósitos de la legislación *Anti-Trust*, y no le da importancia al motivo que se tenga para establecer estos tipos de *acuerdos colusivos precios*, después que no afecten la *Competitividad Dinámica del Mercado*. En otras palabras, una industria con *Competitividad Dinámica Alta*, suele traer pareja una importante mejora del nivel de orientación al cliente, mediante la puesta en práctica

de innovaciones; mejoras en los precios, ventajas de producto o agilidad en la satisfacción de las necesidades del cliente. Estos *acuerdos colusivos de precios*, no perjudican a dichas industrias, ni deben añadir más restricciones de las necesarias a esas para que haya una libre entrada de otros competidores que pueden aportar a la mejoría de la competencia.

Simultáneamente, ese alegado *acuerdo colusivo de precios* podría ser una clara medida a favor de la competencia. Dicho de otra forma, en tanto ese acuerdo no obstaculice la entrada en la industria, cualquier intento de utilizar o controlar la fuerza económica de los precios para resistir la competencia no es el peor escenario. Inclusive, estos intentos de control son en sí mismos acciones competitivas, puesto que se realizan estando sometidos a la competencia. No se llevan a cabo ignorando por completo la legislación actual, ni las leyes del mercado. Sus planes son llevados a cabo en ese marco económico, compitiendo y buscando la manera de poder subsistir.

Por el contrario, cada intento de controlar la competencia con medidas demasiado duras, conduce a resultados inesperados que terminan siempre por paralizar la competencia.

En otras palabras, es el propio proceso de *Competencia Dinámica* el que revela qué precio es demasiado alto y qué precio es demasiado bajo. Un acuerdo colusivo para mantener un precio alto, sea cual sea el motivo por el cual se adopta, puede resultar en una actuación empresarial, a través de la cual la industria descubre el precio mínimo, por el que la producción pueda llevarse a cabo con éxito que será a su vez de agrado a los consumidores.

Cualquier impedimento a este proceso de *Competencia Dinámica*, incluyendo las prohibiciones de colusiones de precios, constituye un obstáculo a la competencia del mercado y a la innovación, ya que los priva de la oportunidad de conseguir la información necesaria para poder sobrevivir en el mercado de la competencia.

También, *JUAN RAMÓN RALLO Y O'DRISCOLL Y RIZZO* siguen la perspectiva de conseguir la información mediante un proceso dinámico que les permita competir. Ellos manifiestan si se prohibiera ese proceso dinámico de búsqueda de información, asumiendo que todo el mundo conoce de antemano, lo que la teoría económica denomina como *datos*, entonces la competencia sería un proceso muy costoso para poder lograr que la realidad se ajustara a esos hechos.

También, se expresó que el hecho inevitable del carácter disperso de la información privada, hace que la idea de la *eficiencia estática* en la asignación social de los recursos resulte incoherente.

En otras palabras, no existe una única mente que a través de sus decisiones, determine anticipadamente todas las formas posibles en que se van a utilizar todos los recursos en la economía de mercado. Aunque existiera, no se podría disponer de todos los aspectos de la información que actualmente son conocidos o que pueden ser descubiertos en el futuro por los individuos de la economía.

Entonces, para conseguir esa información útil debemos conocer el proceso a través del cual el mercado desempeña su función. Éste es el *proceso de competencia empresarial* en el que los errores, como los fallos a la hora de aprovechar algunos aspectos potenciales se corrigen. Como resultado de ese proceso de información investigativa, las empresas entrantes se ilustran para aprovechar los beneficios que son generados por esos mismos errores preexistentes.

Tampoco, se puede anticipar el precio correcto de un producto o servicio. Esto se conoce como el *precio de equilibrio competitivo*. Es el propio proceso de *competencia dinámica* el que revela cuál precio es demasiado alto y qué precio es demasiado bajo.

Nadie puede asegurar la cantidad exacta que se generará de ingresos. Por eso, el *proceso* de conseguir información podría resultar como un influjo de información útil e

inesperada para las empresas, que no sólo podría determinar el precio de equilibrio sino los ingresos que se generarán.

Por lo tanto, la mejora de los resultados económicos sociales no consiste en ejercer ciertas actividades que de alguna forma, estén más próximas al estado ideal imaginado de la *competencia perfecta*. Si no que consiste en una serie de actividades destinadas a corregir esos errores, e inspiradas por el afán de lucro empresarial, el cual a su vez instiga la entrada competitiva buscando satisfacer las necesidades del consumidor.

Por esa razón, los agentes implicados en una división del trabajo, deben tener la libertad de poder proponer planes alternativos y competitivos, para satisfacer los deseos de sus consumidores, ya sea disminuyendo o aumentando los precios de acuerdo a sus necesidades.

Inclusive, no necesariamente porque la empresa parezca ser poderosa, debido a tiene una posición de control mayoritaria en el mercado o *liderazgo de precios*, indistintivamente debe impedirse su operación. Los intentos de control de precios de dicha empresa que precisamente aparentan ser anticompetitivos, son en sí mismos acciones competitivas, puesto que también se realizan estando sometidos a la competencia. No se llevan a cabo ignorando por completo la legislación actual, la jurisprudencia, ni las leyes del mercado, tal y como lo expresa *Kirzner*.

De la misma forma, la legislación *Antitrust* prohíbe que una única empresa domine la industria entera de cierto producto o servicio, y quepa la interpretación de que los precios de sus productos son tan bajos que se entienden como *predatorios*. La *Fijación de Precios Predatorios* es una política que adopta una empresa de gran tamaño, con el objeto de eliminar inicialmente a sus rivales de menor tamaño. Consiste en forzarlos a abandonar su industria, a través de unos recortes en los precios de forma excesiva, a los que dichos rivales no se pueden enfrentar. Una vez estas pequeñas empresas ya están fuera del mercado, las grandes empresas proceden a aumentar sus precios de forma monopolística y arbitraria.

Sin embargo, hay que reconocer que si dicha empresa no disfruta, ni ha disfrutado de ninguna protección pública frente a la entrada de nuevas empresas; ésta ha obtenido su fuerte posición a través de la competencia en el sentido más natural del verbo competir. Esto quiere decir que si ha utilizado en sus productos algún tipo *precio predatorio*, no implica automáticamente que el efecto en la competencia sea negativo; llegando al punto de limitar la entrada de otras empresas. Sólo podrá continuar en el mercado, en la medida en que compita con éxito, enfrentándose a la competencia potencial de las otras empresas que estén tentadas a entrar en esa industria.

Además, se verá forzada en cada gestión a atender a los consumidores en los términos que dicte la competencia, por temor y como anticipación a las acciones de los demás, bajando o no sus precios.

Otro tipo de acuerdo que está prohibido por la legislación *Antitrust* es el *Cártel*. De acuerdo a *CLAIR WILCOX*, un *cártel* es una asociación de empresas independientes en las mismas o similares ramas de la industria, creadas con el propósito de aumentar las ganancias de sus miembros, haciéndola sujeta a actividades competitivas para formar un control común.

La asociación puede estar creada en forma de un acuerdo contractual, o puede envolver el establecimiento de agencias administrativas. Más aún, puede durar unos pocos meses o puede subsistir por muchos años, ya sea logrando o no una posición de poder de monopolio sustancial. Este acuerdo requiere la sustitución de políticas comunes por políticas independientes, como es la determinación del precio y la producción.

De la misma forma las *concentraciones económicas* son el grado en que un número relativamente pequeño de agentes económicos ejerce el dominio, control o dirección de la actividad económica. En otro sentido, puede significar que unas pocas empresas controlen o participen de una proporción significativa del mercado, del empleo, o de una industria en particular, etc. Sus actuaciones son parecidas a los cárteles.

Por el contrario, *George Gunton* decía que la *concentración de capital* de las grandes empresas, no saca a los pequeños capitalistas del mercado, sino que simplemente los integra en más grandes y complejos sistemas de producción, en los cuales son capaces de producir de forma más barata para la comunidad, y obtener un ingreso mayor para sí mismos.

Esto quiere decir los acuerdos en forma de cárteles tienen grandes beneficios; ya que incluye a los pequeños comerciantes en la producción de los bienes y servicios de una forma más dinámica que promueve un ahorro en los costos. Así se está motivando que los bienes sean ofrecido de forma más económicas para una población, y como resultado se genera una mayor cantidad de ingresos para ambas grandes y pequeñas empresas.

Por lo que, no es suficiente para su penalización que un grupo de empresas se unan en forma de *cártel*, se tiene que probar que dicha unión ha producido grandes daños al mercado, ya sea porque limitó la entrada de la competencia o porque impidió el progreso técnico o innovativo.

Inclusive, existen excepciones que cobijan los acuerdos de fijación de precios que están incluidos en un *cártel*. Esto quiere decir que dicho *cártel* puede estar libre de toda responsabilidad, si en un principio se constituye en un acuerdo internacional. En otras palabras, está permitido que el *cártel* continúe funcionando siempre y cuando pueda ser regulado por las leyes de su propio Estado.

En la mayoría de los países, los cárteles de exportación "*puros*" no están siendo monitoreados por su propio *Derecho de Competencia*. Los cárteles de exportación "*puros*" aplican sus esfuerzos exclusivamente a los mercados extranjeros. Dicho de otra forma, éstos tienen un margen de libertad más amplio porque no están siendo regulados en el Estado de procedencia. Existen dos razones para ello: primero, esos cárteles están fuera del alcance de sus propias leyes internas en materia de competencia, y segundo es que están expresamente exentos de la aplicación de esas leyes. En otras palabras, si el

cártel no perjudica la entrada de la competencia, no hay por qué prohibir su constitución.

Otra excepción que permite el establecimiento de los *cárteles* es mediante un “*Joint Venture*” socialmente ventajoso. En otras palabras, no hay ningún problema cuando dos empresas se juntan, colaboran, y trabajan en grupo repartiendo sus ingresos, después que sea con ese sólo propósito.

También, está aceptada la formación de un *cártel* cuando se pacten acuerdos de precios, siempre que con ese pacto se esté lanzando un nuevo producto compuesto, por el mismo conjunto de bienes de cuyos precios se están pactando.

Asimismo, en algunos ordenamientos están permitidos los “*cárteles de importación duros*”. Un “*cártel duro*” se conoce como el acuerdo entre un grupo de empresas que han aceptado explícitamente entre sí coordinar sus actividades con el fin de elevar el precio de Mercado. Es decir, que las empresas han entrado en algún tipo de acuerdo de fijación de precios.

Esta excepción se puede apreciar cuando los importadores se enfrentan a manufacturero extranjeros con una posición dominante, y se considera que la competencia en el mercado interno no está siendo sustancialmente restringida. Por lo que, en esos lugares, tienen que esforzarse más usando estrategias innovadoras para poder enfrentarse a dichos competidores extranjeros.

Igualmente, la legislación *Antitrust* condena los acuerdos conocidos como la *Discriminación de Precios*. La discriminación se practica cuando la empresa cobra distintos precios a cada tipo de cliente, en función de las diferencias entre las elasticidades de su demanda.

Si las empresas pudiesen saber el *precio de equilibrio* que necesitan de antemano para vender sus productos, entonces podría considerarse que el discriminador que ofrece un precio de equilibrio mayor a ciertos compradores, estaría

automáticamente obteniendo beneficios en virtud de su posición monopolística, en perjuicio de los consumidores.

Sin embargo, esta prohibición es igual de infundada, ya que nadie tiene la facultad de adivinar cuál va a ser su *precio equilibrio* de forma exacta para obtener ciertos beneficios; habiendo tantos factores que hay que tomar en consideración, tales como los costos fijos, la inflación, los impuestos asignados por el Estado, etc. Por lo tanto, al no poder conocer de antemano cuál es el proceso mental de las empresas, no podemos asumir que todos los que utilizan la *Discriminación de Precios*, tienen la intención de crear un monopolio en particular. Realmente, esta prohibición constituye un cierre adicional de la vía de la investigación comercial que procura conseguir dicho *precio de equilibrio*, estorbando mucho más aún a la competencia.

Por lo tanto, aunque se pueda justificar la intervención del Estado hasta cierto punto, mediante legislación y jurisprudencia *Antitrust norteamericana* y *puertorriqueña*; porque ni no fuera así, los operadores querrían acabar con la competencia; realmente no existe evidencia concreta más allá de duda razonable que dicha legislación y sus propósitos que motivan, la prohibición de los *acuerdos de fijación de precios y lo cárteles*, protegen al competidor en el mercado de forma efectiva.

Por el contrario, cada uno de los tipos de acuerdos de *fijación de precios* que se han prohibido, de alguna manera ofrecen muchas ventajas que apoyan la libre competencia. Todavía, no se ha probado que estos acuerdos le impiden la entrada a los nuevos competidores, o que se perjudica por completo el mercado de la competencia y la innovación. Por lo que, tanto la *Sherman Act* como la *Regla Per Se* y sus medidas punitivas son controvertibles y especulativas.

Tampoco, se ha preparado una guía clara, estructurada y exacta para la aplicación de la *Regla Per Se*, que defina cierta conducta como anticompetitiva todo el tiempo. Por esa razón, ha habido resistencia en aplicar dicha *Reglas Per Se*, a los acuerdos o limitaciones donde el impacto económico no es tan aparente de inmediato.

Por eso, el sólo hecho de que exista un aparato o legislación y jurisprudencia controvertible para evaluar y catalogar, *los acuerdos de Fijación de Precios o los Cárteles* como alegadas prácticas anticompetitivas, puede ser una prueba clara que demuestra que éstas no son tan dañinas como parecen.

Además, esas mismas lagunas controvertibles de la legislación *Antitrust*, dependiendo la interpretación que se le den, tienen el potencial de promover la competencia, permitiendo la entrada de nuevos competidores, ya que no se ha legislado en este momento, nuevas barreras adicionales que los competidores tienen que superar, tales como las costosas patentes o impuestos.

En ocasiones, se debería considerar la posibilidad de utilizar justificaciones como en Puerto Rico, donde se puede escapar de responsabilidad, si se prueba que los actos que se le imputan están autorizados por un código, convenio o licencia, aprobados, prescritos y expedidos, en la forma provista por una legislación de emergencia.

Además, se podría utilizar excepciones para justificar un monopolio, cuando las *circunstancias geográficas, poblacionales y económicas*, o cuando la naturaleza del servicio a prestarse o del producto a venderse son tales, que una comunidad queda mejor servida por un monopolio que por la ausencia de éste.

Irónicamente, la amenaza real en sí no proviene de la legislación, sino del crecimiento de los mismos gobiernos y en concreto de su intervención, creando la posibilidad de establecer estructuras gubernamentales supranacionales, que utilizan la normativa *Antitrust más su jurisprudencia; sumado a sus propios intereses particulares* y olvidándose de las preferencias de los consumidores.

En síntesis, los *acuerdos de fijación de precios* así como los *cárteles*, no están mundialmente proscritos. Por lo que, al evaluarse dichos acuerdos se deben tomar en consideración todas las circunstancias de su caso y aceptarse; siempre y cuando, no se elimine la entrada de la competencia, se promueva la competencia dinámica del mercado, y la innovación. Dicho de otro modo, se deben de aplicar a estos *acuerdos de*

*fijación de precios o cárteles*, los fundamentos expresados por la *Escuela Austríaca* sobre *Competencia Dinámica*.

Entonces, para aplicar correctamente dicha escuela de pensamiento a los *acuerdos de fijación de precios o cárteles*; e interpretar efectivamente la legislación *Antitrust* se debe empezar por utilizar la *Regla de la Razón*, del caso de *Leegin Creative Leather Products, Inc, v. PSKS, Inc, Dba Kay's Klosets, Kay's Shoes, 2007 S.Ct. 1835892 (U.S.)*.

Dicha regla posee unas rectificaciones consistentes en que evaluará todas las circunstancias particulares del caso, referentes a su historia, para ver si existen ciertas exenciones o situaciones que promueven su aplicación de forma efectiva o practicable; o para decidir si la conducta debe ser prohibida, porque le impone una limitación irrazonable a la competencia. De esa forma, se provee una flexibilidad al evaluar cada caso por separado, que compensa la falta de una guía demasiado rígida y estructurada.



## CAPÍTULO III

### LA SENTENCIA LEEGIN

#### **I. El Supuesto de Hecho:**

*KENNETH G. ELZINGA Y DAVID E MILLS* expresan que en el caso de *Leegin Creative Leather Products, Inc, v. PSKS, Inc, dba Kay's Klosets, Kay's Shoes, 2007 S.Ct. 1835892 (U.S.)*,<sup>67</sup> el *Tribunal Supremo* resolvió una disputa entre el manufacturero/ productor de carteras y accesorios *Brighton/Leegin de California*, y una tienda de ropas y accesorios distribuidora o detallista, llamada *Kay's Closet*, ubicada en *Texas*.

Un *manufacturero* se encarga de llevar a cabo la fase económica de producción, y debe establecer su precio inicial cuando desarrolla un nuevo producto<sup>68</sup> u objeto, que se ofrece en un mercado con la intención de satisfacer aquello que necesita o que desea un consumidor.

De igual forma, el *productor* se dedica a fabricar o elaborar el producto solicitado. Éste interviene en la producción de bienes, servicios y en la organización del trabajo para esos fines. En ocasiones, la misma empresa tiene los suficientes recursos financieros y la planta física, para llevar a cabo ambas funciones de manufactura y producción.

Mientras que los distribuidores o detallistas se dedican a vender mercancías en pequeñas cantidades. Su tamaño puede variar dependiendo de los recursos que posea, y de los objetivos que tenga para la venta de sus bienes o servicios.

---

<sup>67</sup>*Leegin Creative Leather Products, Inc, v. PSKS, Inc, dba Kay's Klosets, Kay's Shoes, 2007 S.Ct. 1835892 (U.S.)*.

<sup>68</sup>*Producto*, Disponible en: <http://definicion.de/producto/>.

La empresa *Leegin Creative Leather Products, Inc.*<sup>69</sup>, en adelante *Leegin*, diseña, manufactura, produce, y distribuye bienes y accesorios en cuero. En 1991, *Leegin*<sup>70</sup> comenzó a vender correas de cuero bajo la marca de *Brighton*, y se expandió formando una variedad de accesorios de moda para las mujeres. Esa marca es vendida a través de los *Estados Unidos*, en más de cinco mil (5,000) establecimientos de venta. La mayoría de dichos establecimientos son tiendas independientes, y pequeñas tiendas especializadas. Asimismo, el Presidente de la compañía *Leegin*, *Jerry Kohl*, también tiene participaciones en cerca de 70 tiendas que venden los productos de *Brighton*.

*Leegin* asegura que por lo menos, en el manejo de sus productos, los pequeños distribuidores o detallistas proveen más servicios, tratan mejor a los consumidores, y hacen que su experiencia de compra sea más satisfactoria que los detallistas más grandes que tienden a ser más impersonales.

Por su parte, *PSKS, Inc., Dba Kay's Klosets, Kay's Shoes* en adelante *Kay's Kloset*, opera y vende accesorios de mujer en una tienda de *Lewisville* ubicada en *Texas*. *Kay's Kloset* le compra a 75 manufactureros diferentes con el propósito de adquirir dichos accesorios para su reventa. En 1995, comenzó a adquirir la marca de accesorios *Brighton* de la tienda *Leegin*.

Posteriormente, *Kay's Kloset* se dedicó a hacer una fuerte promoción de los productos *Brighton*. Por ejemplo, publicó muchos anuncios y tuvo días en los que vendía solamente dichos productos. Como resultado de la promoción, *Kay's Kloset* se convirtió en la tienda principal para poder adquirir los productos *Brighton*. Al mismo tiempo, *Brighton* era la marca más importante de la tienda, y sus ventas produjeron de un 40% hasta un 50% por ciento de sus ganancias.

---

<sup>69</sup> Cfr. ELZINGA, KENNETH G. / MILLS, DAVID E. *The Economics of Resale Price Maintenance, ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY*, Wayne D. Collins, Ed. American Bar Association, Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=926072>. (December 31, 2009), Elzinga fue el Asesor Financiero de *Leegin* en la litigación del caso.

<sup>70</sup> Cfr. SAFERSTEIN, HARVEY I., *State Antitrust Practice and Statutes (Fourth) By American Bar Association. Section of Antitrust Law*, Pág. (47-13), y siguientes. 4<sup>th</sup> Edition (2009).

Más tarde, *Leegin* y la tienda *Kay's Kloset* suscribieron un acuerdo de *Fijación de Precios Vertical*, que sostenía que *Kay's Kloset* no estaba autorizada a vender las carteras de *Brighton/Leegin*, por debajo del precio de cincuenta dólares (\$50) que había establecido *Leegin* previamente.

En diciembre de 2002, *Leegin* descubrió que *Kay's Kloset* estaba haciendo descuentos por un 20%, en los precios de la línea entera de los productos *Brighton*. *Kay's Kloset* manifestó que hizo los descuentos, para poder competir con los detallistas cercanos que estaban rebajando los precios sugeridos de *Leegin*.

Acto seguido, *Leegin* le exigió a *Kay's Kloset* que detuviera ésta práctica cuanto antes. Por el contrario, *Kay's Kloset* se resistió y continuó bajando los precios sugeridos por *Leegin*. Por lo que, *Brighton/Leegin* decidió retirarle sus productos de forma unilateral y definitiva.

La pérdida de la marca de *Brighton* tuvo un impacto considerablemente negativo en los ingresos de ventas de *Kay's Kloset*. Como resultado, *Kay's Kloset* demandó a *Leegin* en el *Tribunal de Distrito Federal del Este de Texas*. Sostuvo entre sus alegaciones, que *Leegin* había violado las leyes *Antitrust* al entrar en acuerdos con detallistas, para que éstos cobren a sus clientes sólo los precios fijados por *Leegin*. Por lo que, hubo una infracción a la *Ley Antimonopolio*, a la luz de lo que establece la sección 1 de la "*Sherman Act*", y debe ser prohibida por la *Regla Per se*.

En cambio, *Leegin* se defendió alegando que ese acuerdo de *fijación de precios vertical* había sido de forma unilateral, por lo tanto, estaba protegido por el "*test*" (examen) establecido en la sentencia de *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, (1919). En el caso de *Colgate*, el *Tribunal Supremo* estableció que un manufacturero podía válidamente fijar un precio, para ser aplicado por sus detallistas en la reventa de sus productos. También, dispuso que los manufactureros puedan rehusarse a vender sus productos, a aquellos detallistas que no acatasen esa política, siempre y cuando, se tratase de una imposición unilateral, y que la aceptación hubiese sido por escrito.

Una vez concluyó el desfile de la prueba, el *Tribunal de Distrito Federal* falló a favor de la empresa *Kay's Closet*. Siguiendo la sección, *15 U. S. C. §15(a) sobre Daños*, el *Tribunal de Distrito* triplicó la compensación por los daños causados y le reembolsó las costas y los honorarios de abogado a dicha empresa. Por lo que, la sentencia en contra de *Leegin* ascendió a la cantidad de tres millones novecientos setenta y cinco mil con ochenta centavos. (\$3,975,000.80).

En su escrito de apelación, *Leegin* no negó que haya entrado en un acuerdo de *Fijación de Precios Vertical* con sus detallistas. Por el contrario, argumentó que la *Regla de la Razón* debió haber sido aplicada a dichos acuerdos. La *Regla de la Razón* supone una forma de análisis del caso, donde el juzgador siempre deberá considerar si la práctica o conducta aparentemente restrictiva de la competencia, resulta razonable conforme a las circunstancias imperantes, en un momento determinado, en el mercado específico de que se trate. Sin embargo, dicha apelación fue declarada No Ha Lugar, por el *Tribunal de Apelaciones*.

Luego, *Leegin* radicó otro recurso al *Tribunal Supremo*, sosteniendo su postura anterior. Unido a dicho recurso, consiguió que la Administración del *Presidente Bush*<sup>71</sup> le ordenara al *Departamento de Justicia*<sup>72</sup> y a la *Federal Trade Commission*, que apoyaran su posición durante los argumentos orales. El *Departamento de Justicia* es el organismo encargado de desarrollar y ejecutar las regulaciones.

Mientras, que la *Federal Trade Commission* es la agencia encargada de investigar, cuando existe una razón para creer que cualquier persona, asociación, o

---

<sup>71</sup> Cfr. ENGLISH, JOHN, *Local Store Closing Has National Impact Friday*, Disponible en: <http://pubsys.flowermoundmessenger.com/news/story/1868.html> (Sep. 19, 2008). "My own government was against me," Smith said. "The Bush Administration directed the Department of Justice and the Federal Trade Commission to take Brighton's side during oral arguments. This is pretty basically Republican-backed price fixing. "When my own president sides with higher prices for consumers, that's just another reason why this administration has been a failure." The decision overturned what has become know as the "Dr. Miles" rule from a case held back in 1911. Manufacturers such as Stanley Furniture and Old Mother Hubbard [a pet-food manufacturer], among many others, have begun enforcing price-setting policies, and have been subsequently sued by retailers. Federal Trade Commission [FTC] COMMISSIONER PAMELA JONES HARBOUR voiced her concerns in an open letter to the Supreme Court before the ruling was handed down, saying: "Minimum price fixing is almost always harmful to consumers. It creates no incentive for distributors and retailers to become more cost-effective in the delivery of goods and services to consumers."

<sup>72</sup> *United States Department of Justice*, Disponible en: <http://www.usdoj.gov/>. (2014).

corporación ha utilizado o esté utilizando un método injusto de competencia, o una práctica engañosa que afecte al comercio y que sea de interés al público.

No obstante, como respuesta al recurso radicado por *Leegin*, el *Tribunal Supremo* no estuvo de acuerdo con el veredicto anterior. El *Tribunal Supremo* manifestó que aunque la evidencia empírica en relación a este tópico de los acuerdos de *Fijación de Precios* y su análisis es limitada; no se ha probado que dichos acuerdos se estaban utilizando de forma ineficiente, frecuentemente. Tal y como la *Regla de la Razón* lo prescribe, estos acuerdos tienen una cantidad significativa de conducta pro competitiva, por lo que, es inadecuado condenarlos bajo la *Regla Per Se*.

Finalmente, después de un año de lucha para mantenerse a flote en contra de todas las probabilidades, *Kay's Kloset*<sup>73</sup> aceptó su derrota. La decisión del *Tribunal Supremo de los Estados Unidos* forzó a que dicha tienda de ropa localizada en *Flower Mound Texas* cerrara sus puertas, después de 23 años de servirles a sus clientes.

## II. *El Supuesto de Hecho y la Fijación de Precios:*

Las restricciones verticales<sup>74</sup> son acuerdos que se preparan entre los distintos niveles de la cadena de distribución. Un tipo de restricción vertical es la *Fijación de Precios Vertical*, *Fijación de Precios de Reventa* o la *Fijación de Precios Unilateral* (*Resale Price Maintenance*). Ésta implica la imposición por parte de un manufacturero del precio, al cual su distribuidor o detallista revenderá el bien o servicio que dicho

---

<sup>73</sup> Cfr. ENGLISH, JOHN, *Kay's Kloset Closing, Court's Casualty Supreme Court Ruling Impact*, Disponible en: <http://www.flowermoundmessenger.com/business/story/1807.html> (Sep. 19, 2008). *After more than a year of struggling to stay afloat against extreme odds, Kay's Kloset has finally conceded defeat. A U.S. Supreme Court ruling last year allowing manufacturers to fix the minimum prices of products sold by retailers has forced the Parker Square clothing store in Flower Mound to close its doors after 23 years of serving shoppers in North Texas. Owners KAY AND PHIL SMITH say it has been a bitter pill to swallow, especially since this is all they have done for over two decades. " PHIL SMITH said. "They represented 40 to 50 percent of my business. In an attempt to save my family business, I downsized in order to build it back up. For about a year, we stabilized the business, but then it began to decline again.*

<sup>74</sup> Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, ALFREDO, *Las Restricciones Verticales: Convenios de Exclusividad y el Caso de los Precios Sugeridos*, Disponible en: <http://vlex.com.pe/vid/restricciones-verticales-sugeridos-77876481>, Páginas: 1219-1264. (2014).

manufacturero le suministra. La imposición de un precio mínimo garantiza que el precio fijado no descenderá por debajo de un cierto nivel.

Un ejemplo claro del concepto de restricción vertical se puede apreciar en la sentencia de *Leegin*; cuando el mismo *Leegin* usó dos políticas internas de acuerdos de *Fijación de Precios*, conocidas como: la “*Brighton Retail Pricing and Promotion Policy*” y la “*Heart Store Program*”.

En la primera política llamada “*Brighton Retail Pricing and Promotion Policy*”, *Leegin* se rehúsa a vender sus productos a los distribuidores o detallistas que provean descuentos a los accesorios de *Brighton*, por debajo de los precios sugeridos previamente. Esta política contenía dos excepciones: una para los productos que no se estaban vendiendo bien; y otra para que el detallista no reordenara productos adicionales hasta que no se vendieran los primeros que se habían ordenado anteriormente.

*Leegin* manifestó que dicha política fue adoptada para ofrecerles a los detallistas que estuvieran cumpliendo con sus disposiciones, un servicio central que les permita llevar a cabo su estrategia de distribución. También, expresó su gran preocupación hacia el daño que los descuentos le estaban haciendo a la imagen y reputación de la marca *Brighton*.

Un año después de haber instituido la primera política de precio, *Leegin* introdujo una segunda política como estrategia de mercadeo, conocida como el Programa “*Heart Store*”. En dicho programa, los detallistas se comprometían a vender los productos *Brighton*, de acuerdo a los precios que fuesen sugeridos por *Leegin*, a cambio de obtener un título privilegiado para su tienda, conocido como “*Heart Store*”.

Basándose en estas dos políticas, *Leegin* decidió no venderle sus productos a las Mega-Tiendas, ni a otras tiendas al detal, que tienen la facultad de ofrecerle al cliente mercancía de gran calidad, excelente servicio y apoyo los 365 días del año.

Por su parte, *Kay's Kloset* cumplió con todas las disposiciones anteriores del Programa “*Heart Store*” y obtuvo ese título privilegiado. Sin embargo, un tiempo después, un empleado de *Leegin* visitó la tienda *Kay's Kloset* y la encontró poco atractiva. Como consecuencia de dicha visita, *Kay's Kloset* perdió su título a partir del año 1998.

Luego, en el 2002, *Leegin* descubrió que *Kay's Kloset* hizo descuentos por un 20%, en los precios de la línea entera de los productos *Brighton*. Al instante, *Leegin* le exigió a *Kay's Kloset* que detuviera dicha práctica. Por el contrario, *Kay's Kloset* se negó y continuó bajando los precios sugeridos por *Leegin*. Por lo que, *Brighton/Leegin* decidió removerle sus productos de forma unilateral y definitiva.

Como resultado, *Kay's Kloset* demandó a *Leegin* en el *Tribunal de Distrito Federal del Este de Texas*. *Kay's Kloset* alegó que *Leegin* había violado las leyes *Antitrust*, al suscribir acuerdos de *Fijación de Precios* con detallistas, para que éstos cobren a sus clientes sólo los precios fijados por *Leegin*. Por lo que, sostuvo que hubo una infracción a la *Ley Antimonopolio*, a la luz de lo que establece la Sección 1 de la “*Sherman Act*”, y que debe ser prohibida por la *Regla Per se*.

La Sección 1 del “*Sherman Act, 15 U.S.C.A. § 1.*” tiene como fin prohibir cada acuerdo, contrato, combinación en forma de “*trust*” o conspiración que restrinja el comercio entre varios Estados o Naciones Extranjeras.

La persona que incurra en estas conductas será culpable de delito grave y convicta por una multa que no excederá de diez millones (\$10,000,000.00) de dólares, si es una corporación. Pero, si es una persona natural la multa será de trescientos cincuenta mil (\$350,000) dólares, o prisión que no excederá de tres años o ambas penas a discreción del Tribunal.

Asimismo, la *Regla Per Se* supone que tal práctica, o conducta es ilegal, sin que sea necesario analizar sus causas, ni sus consecuencias en el mercado, ni el poder de mercado de quien la ejecuta. Es decir, se le puede considerar ilegal *per se*, aun cuando

los demandados no tengan poder de monopolio, u otro poder semejante. La conducta es en sí misma ilegal o anticompetitiva, y ello es suficiente para sancionarla.

También, en la sentencia de *Leegin* se hacen alusión al concepto de los *Cárteles de Fijación de Precios*, como una posible consecuencia negativa de la *Fijación de Precios Vertical*. De acuerdo a *CLAIR WILCOX*, un *cártel* es una asociación de empresas independientes en las mismas o similares ramas de la industria, creadas con el propósito de aumentar las ganancias de sus miembros, haciéndola sujeta a actividades competitivas para formar un control común. Sus principales actividades se concentran en fijar los precios, limitar la oferta disponible, dividir el mercado, y compartir los beneficios.

En síntesis, *Leegin* usó dos políticas internas de acuerdos de *Fijación de Precios* conocidas como: la “*Brighton Retail Pricing and Promotion Policy*” y la “*Heart Store Program*”. Por medio de dichas políticas, *Leegin* estuvo fijando precios de manera vertical o unilateral, con la tienda *Kay’s Kloset*. En otras palabras, *Leegin* como manufacturero fijó el precio de venta de las carteras y accesorios, por la cantidad de \$50 dólares, a la cual *Kay’s Kloset* como detallista, tenía que revender garantizando que el precio de esos bienes no descendiera. Esta conducta estuvo prohibida hasta casi los otro días por la *Sherman Act*, su normativa *Per Se*, y el caso de *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park*, 220 U. S. 373, (1911).

### **III. La Innovación de la Sentencia:**

Por décadas, la opinión del *Tribunal Supremo*<sup>75</sup> en el caso de *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park*, 220 U. S. 373, (1911)<sup>76</sup>, en adelante *Dr. Miles*<sup>77</sup>, condenó de forma *per se* la práctica de los acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos de Reventa*, también

<sup>75</sup> Cfr. ELZINGA KENNETH G. / MILLS, DAVID E. *The Economics of Resale Price Maintenance, ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY*, Wayne D. Collins, Ed. American Bar Association, Disponible en: [Http://ssrn.com/abstract=926072](http://ssrn.com/abstract=926072). Elzinga fue el Asesor Financiero de *Leegin* en la litigación del caso.

<sup>76</sup> Cfr. GIVENS RICHARD A., *Antitrust, an Economic Approach*, P. 8-22, Library of Congress. (2005).

<sup>77</sup> Cfr. WERNECK BRUNO DARIO, FLAUSINO COELHO GUSTAVO, AND VILLELA ALVES DA SILVA, MAFRA RICARDO, *Resale Price Maintenance And The Brazilian Antitrust Law*, P. 227-228. Rev. de Derecho de Competencia. Bogotá Colombia, Vol. 7. Núm. 7 (December 2011).

conocidos como *Fijación de Precios Vertical*, *Fijación de Precios de Reventa* o *Fijación de Precios Unilateral*.

*BRUNO DARIO, FLAUSINO COELHO GUSTAVO WERNECK, y MAFRA VILLELA ALVES DA SILVA*, manifiestan que *Dr. Miles* acusó a la empresa *John D. Park & Sons Company*, dedicada a la venta de medicamentos, de haber entrado en una combinación y conspiración con otros distribuidores, tanto mayoristas como minoristas; y de haber violado los acuerdos que habían suscrito anteriormente de *Fijación de Precios Mínimos de Reventa*.

El *mayorista* es un componente de la cadena de distribución que no se pone en contacto directo con los consumidores o usuarios finales de sus productos, sino que entrega esta tarea a un especialista. Dicho de otro modo, el *mayorista* es un intermediario entre el manufacturero o productor, y el usuario intermedio o *minorista*. O sea, que el *minorista* es la empresa comercial o persona que vende los productos al consumidor final.

*Dr. Miles*<sup>78</sup>, defendió la legalidad del acuerdo de *Fijación de Precios Mínimos de Reventa* sosteniendo que las farmacias eran el canal principal de distribución de las medicinas. Por lo que, una reducción en su margen de venta y la pérdida de su reputación estaba afectando negativamente las ventas de sus productos. Un ejemplo de esta situación, se daba cuando algunas tiendas por departamento, estaban fijando los precios de sus productos de forma muy baja, y luego continuaban recortando dichos precios sucesivamente, provocando una reducción del margen de venta de los minoristas.

Sin embargo, el *Tribunal Supremo* sostuvo dos ideas fundamentales: (i) una restricción vertical de imposición de precios de reventa debe tratarse de la misma manera en que lo sería un acuerdo horizontal, entre los distribuidores que son objeto de

---

<sup>78</sup> *Cfr.* POSNER, RICHARD A., *Antitrust Law*, Second Edition (2001). Richard Posner es un Juez del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Séptimo Circuito y un conferenciante de la Universidad de Chicago de Derecho.

dicha imposición; y (ii) el público tiene derecho a obtener los beneficios que se derivan de la competencia entre los distribuidores de un mismo producto.

En otras palabras, el Tribunal dispuso que los acuerdos de fijación de precios sólo pueden ser aceptables, si éstos benefician a las partes que estén envueltas en dicho acuerdo y al público en general.

Debido a que el sistema de *Fijación de Precios de Reventa* implementado por *Dr. Miles*, impidió que sus productos fueran vendidos por debajo de un precio determinado, el *Tribunal Supremo* concluyó que el único efecto de estos acuerdos era evitar la competencia entre los distribuidores. Como resultado, comparó dicho sistema de acuerdos con un *cártel*. Entonces, si los distribuidores no pueden justificar la formación de un *cártel*, basándose en las ventajas que pudieran obtener, el manufacturero tampoco podrá determinar un precio, alegando la misma justificación.

Dicho de otra forma, se consideraba que un manufacturero de medicinas como *Dr. Miles* y sus distribuidores no podían suscribir un acuerdo para fijar el precio mínimo al que se podía vender sus medicinas. El *Tribunal Supremo* explicó que los acuerdos podrían proveerles ventajas a los distribuidores, y no al manufacturero; lo que sería análogo a una combinación o *cártel* entre distribuidores competidores.

En síntesis, el *Tribunal Supremo* consideró que el único propósito de *Dr. Miles*, al suscribir ese acuerdo con los distribuidores era perjudicar la competencia, controlando el mercado de las medicinas. Por lo que, decidió que los acuerdos de *Fijación de Precio de Reventa* eran *ilegales per se*.

Bajo la *Regla Per Se*, ciertas limitaciones al comercio estaban en violación de la *Sherman Act*, sin hacer un análisis elaborado del daño preciso que ha causado o de que existe alguna justificación para su uso.

No obstante, la opinión mayoritaria de la sentencia de *Leegin* dice que cuando el dicho *Tribunal* decidió el caso de *Dr. Miles*<sup>79</sup>, tenía poca experiencia con el análisis *Antitrust*. A sólo ocho años después del caso de *Dr. Miles*, el *Tribunal Supremo* volvió a modificar su decisión, cuando sostuvo que un manufacturero puede anunciar un precio sugerido de reventa y luego rehusarse a negociar con los distribuidores que no lo apliquen, como hizo con el caso de *Colgate*, *250 U. S., at 307–308*.

En otros casos más recientes, el *Tribunal Supremo* ha estado siguiendo el enfoque del *Derecho Común*. El *Derecho Común* (del latín *ius commune*) es un término que se hace referencia como una traducción literal del término *Common Law* (*Derecho Anglosajón*). Dicho Tribunal ha continuado atemperando, limitando, o revocando las estrictas prohibiciones contra las limitaciones verticales. Además, se fundamenta en que una *limitación general* provoca un distanciamiento en el mercado que es ordinariamente ilegal.

Por otro lado, el *Congreso de los Estados Unidos* cuando redactó el texto del *Consumer Goods Pricing Act*, no codificó en dicha Acta, la *Regla de la Ilegalidad Per Se*, para prohibir las limitaciones de precios verticales. Por el contrario, el *Congreso* eliminó esas disposiciones estatutarias que hicieron que fueran *ilegales per se*.

Luego, colocó de nuevo el análisis *per se* de las limitaciones de precios verticales dentro del ámbito de la sección de la *Sherman Act*, para ofrecerle a los tribunales la habilidad de desarrollar los principios de derecho, de acuerdo a la tradición del *Derecho Común*. El *Congreso* pudo haber colocado la regla de *Dr. Miles* de forma más estricta, pero escogió una alternativa mucho más flexible.

En 1977, el *Tribunal Supremo* se inclinó hacia la aplicación de la *Regla de la Razón* a las limitaciones verticales de no precios, en el caso de *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* *433 U. S., at 57–59*. *Sylvania* era una pequeña fábrica de televisiones con una participación del 2% en el mercado, que decidió disminuir la competencia entre sus distribuidores, con el fin de que éstos pudieran competir más

---

<sup>79</sup>*Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, dba Kay's Klosets, Kay's Shoes, 2007 S.Ct. 1835892 (U.S.).*

agresivamente contra otras compañías y sus marcas. Para este fin, se dividió el mercado en regiones geográficas, logrando así un incremento de 5% en la participación de *Sylvania* en el mercado global.

Cuando dicha fábrica nombró a otro distribuidor en un área asignada a *Continental*, éste reaccionó abriendo un puesto de ventas fuera de su área, a lo cual *Sylvania* respondió reduciendo su suministro, y luego terminando su franquicia.

El *Tribunal Supremo* sostuvo que las restricciones verticales que sean diferentes a los acuerdos de *Fijación de Precios* se juzgarían en adelante, bajo la *Regla de la Razón*. Además, en una nota al calce sugirió que las diferencias entre los precios verticales y las limitaciones de no precio, pueden ser apoyadas por diferentes tratamientos legales. Continuando con esta dirección, dicho Tribunal definió ambas reglas para limitar el alcance de *Dr. Miles*, y para acomodar las doctrinas enunciadas en *GTE Sylvania* y *Colgate*.

Verdaderamente, la *Regla Per Se* de la sentencia de *Dr. Miles* es inconsistente con una estructura de principios; tiene poco sentido económico cuando es analizado con otros casos relacionados con las limitaciones verticales. Si se decidiera que los efectos pro competitivos de los acuerdos de *Fijación de Precios de Reventa* son insuficientes para revocar el caso de *Dr. Miles*, entonces tampoco se pueden cuestionar los casos de *Colgate* y *GTE Sylvania* con esos fundamentos.

Inclusive, aunque las decisiones de *Colgate* y *GTE Sylvania* pueden producir menos competencia entre las marcas, porque tienen el potencial de crear ciertas restricciones, éstas como quiera pueden ser justificadas. Dichas decisiones, le permiten a los fabricantes asegurar los efectos pro competitivos que pueden ser asociados con las limitaciones de precios verticales, pero a través de otros métodos no relacionados.

Sin embargo, esos otros métodos tales como, una mayor publicidad y menos servicio al cliente, pueden llegar a ser menos eficientes para que un manufacturero pueda fijar y sostener sus precios de forma vertical. Dicho de otra forma, los manufactureros con esos otros métodos son forzados a aceptar segundas alternativas que no tienen nada que ver con los beneficios que obtendrán con acuerdos de *Fijación de Precios*; sino con un aumento en gastos adicionales, relacionados a prácticas menos eficientes, innovadoras e inferiores. Como consecuencia, hay entorpecimiento de la competencia, porque no se les permite tener una *libertad de competencia dinámica*. El consumidor también se verá afectado, ya que se le requiere que acepte un aumento en los precios de los productos.

Más tarde, en el caso de *Business Electronics v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U. S. 717, 723 (1988), el *Tribunal Supremo* cerró el enfoque del caso de *Dr. Miles*, aplicándolo solamente a los acuerdos específicos de niveles altos de precios; y no al acuerdo vertical entre un manufacturero y un distribuidor que tiene el objetivo de eliminar a un distribuidor que recorta los precios. Para que se considere como ilegal *per se* una restricción vertical de la competencia, se tiene que incluir algún tipo de acuerdo sobre el precio o niveles altos de precios del producto o servicio a ser vendido.

En la decisión de 1997 de la sentencia de *State Oil Co. v. Khan*, 522 U. S. 3, 10 (1997), el *Tribunal Supremo* sostuvo que los acuerdos de *Fijación de Precios Máximos de Reventa* dejaban de ser ilegal *per se*. El *Tribunal* modificó una doctrina que se había sostenido desde 1968 en el caso *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U. S. 145 (1968). En *Albrecht*, los acuerdos verticales de fijación de precios máximos eran ilegales *per se*.

En efecto, en *Khan* el *Tribunal* estableció que los acuerdos Verticales de *Fijación de Precios Máximos* debían ser analizados bajo la *Regla de la Razón*. El motivo de este cambio jurisprudencial, es que el *Tribunal* no pudo continuar sosteniendo que los acuerdos para la *Fijación de Precios Máximos* eran tan irremediabilmente anticompetitivos.

La sentencia de *Khan* dice que los jueces no deberían perder tiempo y esfuerzo en la investigación de cualquier posible efecto pro competitivo, o en favor de los consumidores. Por el contrario, la *Fijación Concertada de Precios Máximos de Venta* beneficia a los consumidores, porque los fabricantes o distribuidores mayoristas obligan a los distribuidores minoristas a compartir con los consumidores, las ganancias que se producen al nivel mayorista.

Además, en el caso de *Khan* se hizo una concesión de los *Intereses por Daños o Reliance Interests*. Los *Intereses por Daños o Reliance Interests* son una medida de compensación, que se le concede a la persona que ha sufrido un daño económico, por confiar en una parte que fracasó en cumplir con su obligación. Aunque fueron asignados en dicho caso, no se puede justificar la aplicación de una *Regla* tan ineficiente como *la Per Se*. Esto quiere decir, que dicha estrecha regla le ha permitido a los fabricantes fijar los precios mínimos de reventa de otras maneras más encubiertas.

Por otro lado, el *Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982*, en adelante (*FTAIA*) dispone que la *Sherman Act*, no se debe aplicar a alguna conducta relacionada con el comercio con las naciones extranjeras, *15 U.S.C. § 6a*. Sin embargo, crea excepciones para que dicha Acta sea aplicada a la conducta que significativamente le haga daño, a las importaciones del comercio doméstico, o a las exportaciones norteamericanas.

En el caso de *F. Hoffman-la Roche ltd. Et al. V. Empagran S. A. Et al*, *542 U.S. 155 (2004)*, los compradores de vitaminas radicaron una acción de clase alegando que los fabricantes de vitaminas y sus distribuidores, se han comprometido con una conspiración de *Fijación de Precio*, aumentando los precios de las vitaminas en los *Estados Unidos*, y en los países extranjeros en violación de las *Sherman y Clayton Acts*.

Los peticionarios solicitaron la desestimación de la demanda en cuanto a los compradores extranjeros, y las compañías extranjeras que han comprado vitaminas solamente fuera del comercio de los *Estados Unidos*. Al desestimar las reclamaciones

de en contra de esos peticionados, el *Tribunal de Distrito* aplicó la *FTAIA* y no encontró que sus excepciones fueran aplicables a este asunto.

El *Tribunal de Apelaciones* revocó la decisión, concluyendo que la regla exclusionista de *FTAIA* aplica; pero su disposición es aplicable a las conductas que tienen un efecto anticipado, directo, sustancial y razonable en el comercio doméstico que da a lugar a una reclamación por la *Sherman Act*. Se asumió que el efecto extranjero así como los altos precios, eran independientes del efecto doméstico y sus propios altos precios. Por lo que, el Tribunal concluyó que del texto del Acta, la Historia Legislativa, y el objetivo de las políticas de disuasión de la actividad de *Fijación de Precios*, hicieron que la falta de conexión entre los dos efectos sea inconsecuente.

Sin embargo, el *Tribunal Supremo* manifestó que aunque la conducta de *Fijación de Precios* afecta significativa y adversamente, a ambos clientes fuera y dentro de los *Estados Unidos*, el efecto extranjero y adverso es independiente de cualquier efecto adverso doméstico. La *FTAIA* no aplica, ni la *Sherman Act*, a una reclamación basada sólo en el efecto extranjero.

Años más tarde, en el 2007, la opinión del *Tribunal Supremo* de *Estados Unidos* de *Leegin*, no sólo cambió la política de *Fijación de Precios* anterior, sino que derogó el precedente de *Dr. Miles Medical Co.*, determinando que las limitaciones verticales serían juzgadas ahora, por la “*Rule of Reason o Regla de la Razón*”.

Asimismo, la opinión de *Leegin* expresa que el *Tribunal Supremo* al decidir el caso de *Dr. Miles* confió en un tratado publicado en 1628, y fracasó en discutir detalladamente, cuáles eran las razones económicas y sus efectos que pueden motivar al manufacturero de 1911, a usar las limitaciones de precios verticales.

Los fundamentos en los que la sentencia de *Dr. Miles* se basó no justifican la *Regla Per Se*. Por eso, es necesario examinar los efectos económicos de los acuerdos verticales, al establecer *Precios Mínimos de Reventa* en cada caso por separado, para así determinar si la *Regla Per Se* es apropiada para ser aplicada.

Hasta aquellos más escépticos en cuanto al uso de la *Fijación de Precios*, reconocen que puede tener efectos pro competitivos. Aunque, varios estudios recientes, documentan los efectos pro competitivos de la *Fijación del Precio de Reventa*, también arrojan duda, concluyendo que la práctica puede ser prohibida por los criterios de la *Regla Per Se*. En otras palabras, dicho estudio no es concluyente en torno a que método se debe siempre usar para evaluar dichas prácticas.

#### **IV. La Doctrina de la Sentencia:**

En la sentencia de *Leegin*, el *Tribunal Supremo de Estados Unidos* admite que la *Fijación de Precios Vertical*, no siempre va a ser juzgada bajo el crisol de la ley *Antitrust*. En otras palabras, no se está aplicando siempre la *Regla Per Se* para decidir dichos casos. Ahora, se pueden analizar bajo la estructura de la *Rule of Reason o Regla de la Razón*.

El *Tribunal Supremo* empieza por explicar que la Sección 1 del *Sherman Act*, 15 U. S. C. §1 prohíbe cada acuerdo, contrato, combinación en forma de *trust* o conspiración, o de otra forma, que limite el comercio entre varios Estados. Dicha sección, puede ser interpretada para prohibir todos los contratos por igual. Pero, el *Tribunal* no ha hecho esa interpretación literal de su lenguaje. Por el contrario, el *Tribunal* ha repetido una y otra vez que la Sección 1, sólo prohíbe las limitaciones que sean *irrazonables*.

Entonces, para evaluar las limitaciones verticales se ha estado utilizando la *Regla Ilegal Per Se o Regla Per Se*. Dicha *regla* trata las categorías de las limitaciones como que son necesariamente ilegal, eliminando la necesidad de estudiar la razonabilidad de dicha limitación de forma individual, a la luz de las fuerzas reales del mercado.

El uso de las *Reglas Per Se* está limitado a juzgar las restricciones que podrían siempre o casi siempre, restringir la competencia y disminuir los suministros. Para justificar la aplicación de una prohibición *per se*, una limitación debe tener efectos

anticompetitivos que sean tan manifiestos y carecer de cualquier virtud que la pueda redimir. Dicho de otro modo, un desvío del uso de la *Regla Per Se*, para luego utilizar la *Regla de la Razón* debe ser basado en un efecto económico que sea demostrable. Sin embargo, para poder identificar esos efectos anticompetitivos no se ha preparado aun una guía clara y específica que ha de ser aplicada por la *Regla Per Se*.

También, la aplicación de la *Regla Per Se* sólo es adecuada, después que los tribunales tengan una experiencia considerable, evaluando ese tipo de limitación en controversia; y sólo si los tribunales pueden predecir con fiabilidad que será invalidada de igual forma, en todo o casi todos los casos bajo la *Regla de la Razón*. Por esos motivos, ha habido una resistencia en aplicar las *Reglas Per Se*, a las limitaciones donde el impacto económico no es tan aparente de inmediato.

La *Regla de la Razón* es otro método que se utiliza para probar si una práctica limita el comercio en violación de la Sección 1 de la *Sherman Act*. Esta regla es una rectificación del constructo modélico de la *competencia perfecta* que verdaderamente, no existe porque es un simple modelo. Más bien, los postulados de la *Regla de la Razón* se acercan a un tipo de competencia que es *efectiva o practicable*, que se aplica en un mercado más competitivo y *dinámico*.

En dicha regla, el investigador evalúa todas las circunstancias del caso para decidir si una práctica restrictiva debe ser prohibida, porque le impone una limitación irrazonable a la competencia. Los factores que se deben tomar en consideración para evaluar la práctica restrictiva son: la información específica acerca de los negocios relevantes, su historia, naturaleza, el efecto que produce la limitación, y si el negocio envuelto tiene algún poder de mercado.

De igual forma, la *Regla de la Razón* está diseñada para eliminar las transacciones anticompetitivas del mercado. Este mismo principio estándar aplica a las restricciones verticales de precios. Una parte que alegue un daño proveniente de un acuerdo vertical, donde se hayan *Fijado Precios Mínimos de Reventa*, deberá poseer la

información y los recursos disponibles, para demostrar la existencia de un acuerdo al alcance de su operación.

En el diseño y la función de la *Regla de la Razón*, se distinguen entre las limitaciones y los efectos anticompetitivos que son perjudiciales al consumidor; y las limitaciones que estimulan la competencia que son en el mejor interés del consumidor. Dicho de otra forma, la *Regla de la Razón* al hacer su evaluación de la conducta alegadamente anticompetitiva debe clasificar sus comportamientos en perjudiciales al consumidor y en beneficiosos para el consumidor.

El Juez *POSNER*<sup>80</sup> dice que la *Regla de la Razón*, dirige una evaluación del total de los efectos económicos de las prácticas restrictivas que son verosímiles sostenidas, para aumentar la competencia u otros valores que están en balance. Aunque es más trabajo para las partes es probablemente mucho menos de lo que se piensa.

Igualmente, el demandante tiene que probar que los demandados tienen un poder de mercado, para aumentar los precios o restringir los bienes; y que su comportamiento era irrazonable. Si los demandantes prevalecen con su caso de forma *prima facie*, el peso de la prueba cae en el demandado, que tiene que probar que las apariencias son engañosas; y que el comportamiento que los demandantes cuestionaron no es anticompetitivo. En otras palabras, los demandados tienen que ofrecer una razón legítima de negocios pro competitiva, para justificar un comportamiento que luce colusivo.

Por su parte, los tribunales pueden preparar reglas a través del tiempo, para ofrecerlas como prueba o presunciones que sean justificadas, para hacer que la *Regla de la Razón* sea una forma justa y eficiente de prohibir las limitaciones anticompetitivas, y promover las que sean pro competitivas.

---

<sup>80</sup> *Cfr.* PROSKAUER, ROSE LLP, D JAFFE HELENE , BATTS, ALICIA J , COOPER, SCOTT P. , KASS COLIN , KUSINITZ, ALAN R. AND KRULLA, RHETT R , *Judge Posner on the Limits of the Per Se rule Against Price Fixing*, (8 de mayo de 2013).

La experiencia del tribunal que considera los efectos de las limitaciones verticales al aplicar la *Regla de la Razón*, por encima del curso de las decisiones, también puede establecer la estructura de litigación necesaria, para que la regla opere en contra de las limitaciones anticompetitivas del mercado; y para proveer una guía a las empresas a la hora de hacer sus negocios.

De igual forma, la *Regla de la Razón* es inconsistente con la *Consumer Goods Pricing Act*, ya que esta Acta no atiende las limitaciones de precios verticales y las cataloga como *Ilegal Per Se*. La meta de dicha Acta era permitirle a los Estados, proteger los pequeños establecimientos de los detallistas más grandes. También, aparecieron posteriores leyes de justa competencia estatales que pretendían justificar unos fundamentos similares. Pero, el raciocinio de dichas leyes es ajeno a la *Sherman Act* y a la *Consumer Goods Pricing Act*.

En la sentencia de *Leegin, Kay's Kloset* argumentó que las restricciones verticales de precios deben ser catalogadas como *ilegales per se*, debido a la *conveniencia administrativa* de las *reglas per se*. Ese argumento sugiere que la *ilegalidad per se*, sea la regla en vez de la excepción, malinterpretando la ley *Antitrust*.

Sin embargo, la opinión mayoritaria de *Leegin* dice que las *Reglas Per Se*, pueden disminuir los *costos administrativos*, pero es sólo una parte de la ecuación. Por el contrario, dichas reglas cuando prohíben la conducta pro competitiva, pueden al mismo tiempo aumentar el costo total del sistema *Antitrust* que dichas leyes deben evitar. Además, pueden aumentar los costos de litigación al promover acciones frívolas en contra de prácticas legítimas.

El *Tribunal Supremo* ha explicado que las posibles ventajas administrativas no son lo suficientes, como para justificar la creación de las *Reglas Per Se*, y su uso en la evaluación de las limitaciones manifiestamente anticompetitivas. Si el tribunal concluyera que las limitaciones verticales de precios deben ser *ilegales per se*, basado en la posible reducción de los costos administrativos, se revocaría los estándares tradicionales de la demanda, así como constitucionales, impidiéndole a los operadores

tener su día en corte. Una posible reducción de los costos, no puede ser lo suficiente como para justificar la regla del caso de *Dr. Miles*.

Conjuntamente, la sentencia de *Leegin* expresa que *Kay's Kloset* está equivocado cuando sostiene que la *Fijación los Precios* trae efectos perjudiciales, en ausencia de una demostración clara de la conducta anticompetitiva. También, alegó que las leyes *Antitrust* están diseñadas primordialmente para proteger la competencia entre las marcas, de donde los precios más bajos puedan resultar, avalando el uso del descuento, y condenando la *Fijación de Precios*.

Más aún, el *Tribunal Supremo* ha evaluado otras limitaciones verticales bajo la *Regla de la Razón*, aunque los precios pueden ser aumentados en el curso de la promoción de los efectos pro competitivos. Han determinado que en ocasiones, los acuerdos de *Fijación de Precios de Reventa*, puede reducir los precios, aunque los manufactureros hayan recurrido a buscar alternativas más costosas, para controlar los precios de reventa que no son *ilegales per se*.

Así como el *Derecho Común* se adapta al entendimiento moderno y a la gran experiencia, también se adapta a la prohibición de la *Sherman Act* sobre las limitaciones del comercio, y le corresponde conocer las condiciones económicas que están presentes, utilizando estrategias *dinámicas*. En la *visión dinámica*, lo esencial es la *libertad de entrada* en el mercado, y la libertad de propiciar la estrategia de precios que deseen para atraer al consumidor.

La adjudicación caso a caso, contemplada por la *Regla de la Razón* ha implementado este enfoque *Dinámico* del *Derecho Común*. Por lo que, no tendría sentido crear de un sólo concepto de restricción del comercio, un estatuto que promueva que la *Regla de la Razón* se envuelva en nuevas circunstancias y nueva sabiduría.

Por lo tanto, no hay nada que indique que la política de *Fijación de Precios* de la sentencia de *Leegin* es el resultado de una conspiración de fijación de precios horizontal, entre manufactureros o vertical entre un manufacturero y un distribuidor; o

un atentado a excluir ciertas marcas del mercado. Además, la opinión de *Leegin* permite examinar aquellos casos donde la fijación añade o reduce al bienestar del consumidor, pero caso a caso; en vez de rechazar de plano ciertos argumentos económicos de los efectos pro competitivos potenciales.

Por todos estos motivos, se piensa que el *Tribunal Supremo* al considerar la controversia de *Leegin* como un asunto original, dispone que la *Regla de la Razón*, no es una *Regla Per Se de ilegalidad*, y sería un estándar apropiado para juzgar las limitaciones de precio verticales.

En fin, en la sentencia de *Leegin*, poco a poco se puede apreciar la transición y abandono de la *Regla Per Se* a ultranza. Esta transición que conduce al análisis *Regla de la Razón*, fomenta a que las empresas trabajen en equipo, no eliminen la entrada total de la competencia; y que utilicen la competencia dinámica y la innovación.

Por ende, la *Regla de la Razón* es una rectificación de dicha doctrina anterior, que se está imponiendo, haciendo que el *Derecho Norteamericano* que prohíbe los acuerdos de *Fijación de Precios* y los *Cárteles* se aproxime al *Europeo* que siempre se asentó en dicha *Regla de la Razón*.

No obstante, los nuevos paradigmas de competencia de la *Regla de la Razón* en cuánto interpretan de forma más abierta que antes, la ley *Antitrust*, ésta sigue siendo necesaria para cuidar de que la competencia exista de hecho y pueda cumplir su función. Por lo que, dicha regla le exige al Estado que cuide de ello, pero de una forma más flexible, evaluando cada caso por separado.

Asimismo, la sentencia de *Leegin* supone un cambio en el propio concepto de competencia subyacente digno de ser desentrañado, y ese cambio es el que sin duda enciende la polémica citada más adelante.

### ***III.I. Noción de Competencia Subyacente al Caso Leegin***

#### ***Opinión Disidente de la Sentencia de Leegin:***

##### ***A. Voto Disidente del Juez Stephen Bryer:***

Las votaciones de los Jueces del Tribunal Supremo de *Estados Unidos* del caso de *Leegin Creative Leather Products, Inc, v. PSKS, Inc, Dba Kay's Klosets, Kay's Shoes, 2007 S.Ct. 1835892 (U.S.)* para decidir dicha sentencia fueron 5-4. En otras palabras, el fallo fue muy cerrado. Por lo que, esta decisión condujo a la publicación de una *Opinión Disidente* que fue preparada por el *Juez Stephen Bryer*, en la que se unieron concurriendo los *Jueces Stevens, Souter, y Ginsburg*.

De acuerdo al *Juez Bryer*, la *Sherman Act*<sup>81</sup> busca mantener un mercado que sea libre de prácticas anticompetitivas, en particular, aquellas que sean ejercidas mediante acuerdos colusivos entre las empresas privadas. Esta ley entiende que un mercado libre de restricciones privadas traerá precios más bajos, mejores productos, procesos de producción más eficientes, más lo que los consumidores desean.

Entonces, para determinar la legalidad de esas prácticas particulares, los Tribunales frecuentemente aplican la *Regla de la Razón*. Mediante dicha regla, éstos examinan las prácticas que probablemente tendrán efectos anticompetitivos, y las justificaciones para poder realizar sus propios negocios.

Sin embargo, a veces las consecuencias probablemente anticompetitivas de una práctica en particular son tan serias y las justificaciones potenciales son tan pocas o difíciles de probar, que los Tribunales se han apartado de una aplicación de la *Regla de la Razón* que sea pura y han tenido que recurrir a la *Regla Per Se*. Esta aplicación le instruye a los tribunales inferiores que cataloguen una práctica anticompetitiva como ilegal todo el tiempo.

---

<sup>81</sup> *Cfr. Op. Disidente del JUEZ BREYER, STEVENS, SOUTER, y GINSBURG, Leegin Creative Leather Products, Inc, v. PSKS, Inc, Dba Kay's Klosets, Kay's Shoes, 2007 S.Ct. 1835892 (U.S.).*

La controversia en el caso de *Leegin*, gira en torno a cuál método los tribunales deben seguir, para atender el problema de la *Fijación de Precios Mínimos*; si deben aplicar la *Regla Per Se* o alguna variación que haga que la *Fijación de Precios Mínimos* siempre o casi siempre sea ilegal; o la *Regla de la Razón*.

Para explicar mejor esta controversia, se deben tomar en consideración varios argumentos a favor y en contra del uso de la *Regla Per Se*. Los argumentos se concentran en tres grupos que envuelven: (1) Los potenciales efectos anticompetitivos; (2) Los beneficios potenciales; y (3) la administración. La dificultad estriba en que cada uno de los diferentes grupos apuntan en direcciones diferentes.

*1. - Potenciales Efectos Anticompetitivos:*

Los acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos* pueden tener serios efectos anticompetitivos. Estos efectos se pueden apreciar claramente en los distribuidores. Los distribuidores o vendedores, son quienes ponen a disposición de los consumidores los productos del fabricante. Los distribuidores se ven afectados cuando la *Fijación de Precios*: disminuye o elimina la competencia, entre los distribuidores de *una marca (intramarca)* o entre los distribuidores de *muchas marcas (intermarca)*.

Por ejemplo, un precio fijo establecido para un producto impide que los distribuidores competidores, ya sean de forma *intramarca o intermarca*, puedan establecer sus propias estrategias independientes para atraer al consumidor. Dicho de otra forma, no pueden utilizar sus propias ideas innovadoras en las marcas de sus productos. Todos los distribuidores deben utilizar el mismo plan de trabajo, encontrándose en un mismo nivel. Basta que el consumidor escoja cualquiera de ellos, sin importar la marca que sea para satisfacer la demanda del producto. Como resultado, no se estimula la competencia de precios entre los diferentes distribuidores, ni entre las diferentes marcas.

Por lo tanto, los acuerdos de *Fijación de Precios* no sólo promueve la reducción o eliminación de esos competidores, ya que no hay necesidad de ofrecer otras alternativas que consistan en diferentes precios y marcas; sino que impide que se les

ofrezca a los consumidores los productos a los precios bajos que ellos al mismo tiempo prefieren.

Además, los acuerdos *Fijación de Precios* impide que los distribuidores puedan recortar los precios para poder responder a los cambios en la demanda. Como resultado, si la demanda de un producto particular disminuye, no se podrá hacer ajustes para tratar de disponer de la gran cantidad de oferta que se tiene disponible, produciendo un estancamiento de dichos productos. De modo, que al no tener estos productos salida hacia el mercado, se espera una disminución en las ventas y grandes pérdidas.

De igual forma, los acuerdos de *Fijación de Precios* tienen el potencial de motivar a los distribuidores, a que eliminen la partida de su presupuesto correspondiente al servicio al cliente, y usar ese dinero para cubrir los costos del mantenimiento de un precio mínimo. Dicho de otra manera, estos acuerdos están amenazando con desperdiciar muchos recursos adicionales, invertidos y dirigidos para proveer un mejor servicio al cliente.

Inclusive, los acuerdos de *Fijación de Precios* pueden inhibir la expansión de otros vendedores más eficientes, que poseen precios bajos y que pueden atraer más consumidores. Eso ocurre, cuando se procede a limitar el desarrollo de modos más eficientes de venta. En otras palabras, la *Fijación de Precios* no sólo impide que las empresas de precios bajos crezcan en tamaño, sino que limitan el ingenio utilizado en las estrategias de mercadeo para vender sus productos a precios más bajos, por ejemplo ventas de temporada, ventas de liquidación, etc.

Por otro lado, la *manufactura* es la fase de la producción económica de los bienes que van a estar disponibles para la venta. Mientras, que los manufactureros son quienes llevan a cabo dicha fase económica de producción. Con respecto a los manufactureros, los acuerdos de *Fijación de Precios* pueden ayudar a establecer, los comportamientos que inhiben la competencia de las empresas en las industrias concentradas.

La *concentración*<sup>82</sup> es la presencia de pocas empresas con altas participaciones de mercado. Dicha concentración facilita la creación de lo que se conoce como una *colusión tácita*<sup>83</sup>. La *colusión tácita* se define como cualquier método utilizado en un *oligopolio colusivo o concentración*, para fijar precios y niveles de producción, que no implique colusión explícita (o abierta), basada en acuerdos formales o reuniones secretas. En otras palabras, en ese tipo de colusión una empresa observa los comportamientos de precios de cada uno de sus competidores, entendiendo que el recorte de precios por uno de ellos va a promover la competencia de precios de todos los demás competidores.

Dicho de otra forma, los acuerdos de *Fijación de los Precios Mínimos* pueden indicarle al manufacturero, cuál es el momento apropiado que le permita identificar, cuándo un competidor ha comenzado a recortar sus precios. Esto se conoce como la observación de los mercados. Por consiguiente, el manufacturero comenzará a presionar a ese competidor, para que vuelva a restaurar el producto a su precio original, conforme al acuerdo establecido previamente.

Más aún, un manufacturero que recorta los precios de un producto sin disminuir su precio mínimo tendrá pocas ganancias, ya que posteriormente el distribuidor ante una reducción de la demanda del consumidor, no podrá estimularla para promocionar ese producto, como uno diferente que está a un precio mucho más bajo. En otras palabras, un manufacturero que utiliza los acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos*, no solamente considerará sus propios límites en el precio, sino que se verá afectado por los límites posteriores en los precios que tenga que hacer los distribuidores. Dos límites equivale a menos ganancias, ya que ninguno podrá aplicar estrategias de mercadeo innovadoras y atractivas que consistan en precios mucho más bajos para el consumidor.

---

<sup>82</sup> *Concentración*, Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/informe%20Gurovic.pdf>-. (2014).

<sup>83</sup> *Colusión Tácita*, Disponible en: [http://www.eco.uc3m.es/docencia/politicascompetencia/transparencias/Colusion\\_competencia\\_Clase.pdf](http://www.eco.uc3m.es/docencia/politicascompetencia/transparencias/Colusion_competencia_Clase.pdf) - (2014).

En cualquier caso, los acuerdos de *Fijación de Precios* impedirán que surja la competencia de precios y estabilizarán los precios de los manufactureros. Dicho de otra forma, al no haber competencia de precios, todos los precios serán iguales obligando a que el público se torne precio-aceptante.

Anteriormente, en 1952 las *Actas Miller-Tydings Fair Trade Act, 50 Stat. 693*, y *McGuire Act, 66 Stat. 631*, promovían exenciones para los acuerdos de *Fijación de Precios Vertical*, si eran autorizadas por una ley de competencia justa que fuera promulgada por algún Estado. Dicho de otra manera, estas Actas le permitieron a los Estados individuales promulgar leyes de “*Fair Trade*” o de justa competencia, autorizando la *Fijación de Precios Mínimos*.

Quince años después, el Congreso expandió la exención mediante la “*Consumer Goods Pricing Act*”, *89 Stat. 801*, para permitir los acuerdos de *Fijación de Precios Verticales*, entre manufactureros y distribuidores que no estaban envueltos en el acuerdo inicial.

Al momento en que las *Actas Miller-Tydings Fair Trade Act, 50 Stat. 693*, y *McGuire Act, 66 Stat. 631*, fueron revocadas, los acuerdos de *Fijación de Precios* ya era legales en 36 Estados e ilegales en otros 14 Estados. Más tarde a la revocación de esas Actas, los acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos de Reventa* se catalogaron como *ilegales per se* en cada Estado.

Finalmente, el personal de la *Federal Trade Commission*, después de estudiar numerosas encuestas sobre los precios; manifestó que las encuestas colectivamente indicaron, que los acuerdos de *Fijación de los Precios de Reventa* en la mayoría de los casos, aumentó los precios de los productos vendidos. La mayoría de los economistas están de acuerdo con esta determinación. Por esa razón, el comparar los precios en los Estados que los acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos* era ilegal con los que era legal, el *Departamento de Justicia* sostuvo que la *Fijación de Precios Mínimos* aumentó los precios de un 19% a un 27%.

## 2. - Los Beneficios Potenciales:

Por otro lado, los acuerdos de *Fijación de Precios* pueden aportar beneficios potenciales. Dichos acuerdos pueden proveer beneficios importantes a los manufactureros, distribuidores y consumidores. La opinión mayoritaria enumera dos beneficios: el primero es que los acuerdos pueden facilitar la nueva entrada de un competidor, y el segundo beneficio consiste en que los acuerdos de *Fijación de Precios* aumentan los esfuerzos del manufacturero para vender un producto.

Por ejemplo, un nuevo manufacturero que desee entrar a ese mercado para dar a conocer el nombre de su producto, puede convencer a sus distribuidores para que le ayuden; pero sólo si el nuevo manufacturero puede asegurarle a esos distribuidores, que éstos van a recuperar su inversión original con un acuerdo de *Fijación del Precio de Reventa*. Si no se suscribe dicho acuerdo, otros nuevos distribuidores que entren después a ese mercado, pueden aprovecharse de la inversión que hicieron los distribuidores anteriores, mediante la competencia de precios. Por lo que, esta situación conduciría a una disminución de los precios, al punto que los distribuidores originales no puedan recuperar lo que éstos invirtieron anteriormente.

Por esa razón, el acuerdo de *Fijación de Precios* puede asegurarles a los distribuidores originales, que no va a haber un cambio posterior en el precio competitivo, motivándolos a que carguen el nuevo producto del manufacturero, y así ayudando a que éste prevalezca en el mercado. Como resultado, se aumenta la competencia a nivel de las marcas de ese manufacturero en particular. En otras palabras, puede haber una mayor competencia entre las marcas del manufacturero original, sin temor a que vaya a perder su inversión original, trayendo mayores beneficios netos al consumidor.

El segundo beneficio consiste en que los acuerdos de *Fijación de Precios* aumentan los esfuerzos del manufacturero para vender un producto. Por ejemplo, un manufacturero concluye que sólo puede prevalecer, si los distribuidores proveen ciertos tipos de servicios, tales como: demostraciones de sus productos, tiendas de alta calidad,

promoción que crea cierta imagen del producto, etc. Si no existe un acuerdo de *Fijación de Precio de Reventa*, otros nuevos distribuidores pueden aprovecharse de la inversión que los originales hicieron para proveer esos servicios adicionales. Ese nuevo distribuidor tendría un ahorro, ya que no tiene que invertir en dichos servicios, y al mismo tiempo puede recortar los precios de sus productos para así atraer a los consumidores, provocando un aumento en sus propias ventas. Por lo tanto, en estas circunstancias, los distribuidores originales no desearán invertir en servicios que ya no consideran necesarios.

Más aún, cuando sólo un manufacturero busca un acuerdo de *Fijación de Precios de Reventa*, es porque existe una *razón especial* o una *visión* para creer que existen beneficios potenciales. Esto es, porque ese manufacturero aspira a promover la competencia de los precios entre sus distribuidores, o a motivar que haya un precio competitivo entre ellos. A su vez, éstos van a aumentar sus ganancias vendiendo más de sus productos, sin importar que ese manufacturero posea suficiente poder de mercado y que tenga ganancias normales.

Sin embargo, en ausencia de los mercados de manufactureros concentrados, donde la *razón especial* consiste en un deseo de que todos los precios sean relativamente iguales, al por mayor; esa *razón especial* reflejará las mismas circunstancias especiales antes descritas: una nueva entrada de un competidor o el aprovechamiento (*Free Rider*) de ese mercado por parte de distribuidores que no hayan realizado una serie de inversiones.

El resultado, como muchos economistas sugieren, es que a veces los acuerdos de *Fijación de los Precios de Reventa* puede ser perjudicial y algunas veces puede traer beneficios. Pero, antes de concluir que los tribunales deben consecuentemente aplicar la *Regla de la Razón*, se deben preguntar cuán frecuente es que ocurra tales perjuicios o beneficios.

### 3. - La Administración:

Por otro lado, la legislación *Anti-Trust* es un sistema administrativo que afecta el ordenamiento jurídico. A su vez, dicha legislación depende de ese ordenamiento, ya que éste es quien cuestiona las reglas y los precedentes; pero sólo si son aplicados por los jueces y jurados en los tribunales, y por los abogados cuando asesoran sus clientes. Esto significa, que los tribunales prepararán su propia sentencia, para tolerar algunas veces la aplicación de la ilegalidad de las *Reglas Per Se* a los negocios, aunque esas prácticas produzcan beneficios.

Dentro de los acuerdos de *Fijación de Precios*, es difícil identificar quién es el promovente original del producto, si es el manufacturero pequeño o un distribuidor grande, o viceversa.

Supóngase, que varios distribuidores grandes de múltiples *marcas o intermarcas* venden productos mediante acuerdos de *Fijación de Precios de Reventa*. Luego, suponga que los manufactureros más pequeños fijaron precios de venta también, porque temen que los distribuidores más grandes querrán ubicar los productos de dichos manufactureros, en mejores tabillas de ventas, incluyendo los bienes de otros manufactureros más grandes que también practican la *Fijación de Precios*. El distribuidor más grande que inició esta práctica, está deseando una considerable cantidad de competencia entre los distribuidores o entre los manufactureros, sin importar su tamaño, y buscando una negociación mejor con las circunstancias que encuentre.

Es decir, está buscando conseguir sus productos a mejores precios sin importar el tamaño del competidor, y en ocasiones utiliza los dos al mismo tiempo, tanto grandes como pequeños. Por lo que, es difícil determinar cuándo y dónde existe un problema de aprovechamiento de la *posición en el mercado o poder de mercado*, en cuanto al tamaño de ese manufacturero competidor; ya sea porque éste no pueda ofrecer o porque ofrece mucho más productos; ya sea porque no hace ciertas inversiones y se aprovecha de los

que si la hacen; o que sea lo suficientemente serio para garantizar una protección legal al competidor manufacturero perjudicado.

Por eso, la invitación del *Tribunal Supremo* a considerar la existencia de un *poder de mercado*, trae un argumento extenso entre los expertos de competencia; mientras que éstos buscan a su vez aplicar un criterio altamente técnico y abstracto en los mercados.

Asimismo, los casos de *Fijación de los Precios de Reventa* a diferencia de un caso de fusión o monopolio, son probables que estén presentes entre numerosas partes privadas que no son fáciles de detectar. Por lo que, no se puede esperar que los jueces y jurados apliquen un criterio económico complejo en esos casos, sin hacer un número considerable de errores que pueden imponer serios costos.

Si la *Regla Per Se* no existiera, para los oficiales que aplican dicha regla sería injusto e impráctico poder llevar a cabo los procedimientos criminales. Dicho de otra manera, los recursos de estos oficiales son limitados, y la esa carencia de una reglamentación estricta podría tentar a algunos manufactureros o distribuidores a entrar en acuerdos anticompetitivos.

No obstante, la *Regla Per Se* debe ser modificada, para permitir una excepción, que facilite la identificación de la entrada de nuevos competidores que tengan una condición temporal.

Igualmente, la *ilegalidad per se* de la *Fijación Precios Vertical* ha sido aplicada firmemente por muchos años. Una búsqueda demuestra que el caso de *Dr. Miles* ha sido citado docenas de veces en el *Tribunal Supremo*, y cientos de veces en tribunales inferiores. Aquellos que deseen que este tribunal cambie un precedente legal tan bien establecido, cargan con un gran peso para así probarlo.

En las décadas pasadas, no se ha encontrado un cambio en las circunstancias que apoye a la posición mayoritaria. En 1975, el Congreso revocó las *McGuire and Miller-*

*Tydings Acts*. En el momento en que el *Departamento de Justicia* y la *FTC*, solicitaron la aplicación de la *Regla Per Se*, discutieron cada uno de los argumentos presentados hasta ahora en este tribunal, así como otros no presentados; explicándole al Congreso el por qué deben rechazarlos. El Congreso entendió dichos argumentos y tuvo la intención de que la *Fijación de un Precio Mínimo de Reventa* fuera *ilegal per se*, cuando revocó ambas *McGuire and Miller-Tydings*. Por lo tanto, se extendió la *Regla Per Se* del caso de *Dr. Miles* a todas las conductas anticompetitivas.

### **B. Confianza Pública:**

El promulgar una legislación importante basada en la existencia de la *Regla Per Se*, fomenta a que exista una *confianza pública* en dicha regla. Al hacer esto, el público se concientiza acerca de sus argumentos relevantes, y equivale a que haya una confianza más grande en que el Tribunal mantenga esa regla, por lo menos, en ausencia de un cambio significativo con respecto a dichos argumentos.

En contraste, han habido unos cuantos estudios económicos que se oponen al testimonio que hizo el *Departamento de Justicia* y la *FTC* al Congreso en 1975. Estos estudios sostienen que la *Fijación de Precios de Reventa* no es perjudicial. También, otro estudio, confiando en un análisis de los casos de acuerdos *Fijación de Precios* desde 1975 al 1982, concluye que dichos acuerdos no envuelven una colusión del manufacturero o distribuidor. Por lo que, con estos estudios un demandante puede fracasar en sostener que existe algún tipo de colusión.

Otro estudio provee una base teórica para concluir que los acuerdos de *Fijación de Precio de Reventa*, necesitan para su aprobación, que no conduzcan a precios de venta más altos, *Marvel & McCafferty, The Political Economy of Resale Price Maintenance, 94 J. Pol. Econ. 1074, 1075 (1986)*.

No obstante, este estudio desarrolla una modelo teórico bajo la presunción de que los acuerdos de *Fijación del Precio de Reventa*, destacan la eficiencia en que se utiliza los recursos productivos, con el fin de satisfacer las necesidades del consumidor.

Su único apoyo empírico es un estudio de 1940, que los autores reconocen y que es muy criticado.

Muchos otros economistas, tienen una visión diferente como *WILLIAM S. COMANOR Y FREDERIC M. SCHERER*, participando en el caso de *Leegin*, como *Amici Curiae*. Éste es un término en latín que significa amigo de la corte. *Leegin* y algunos *Amici* han presentado estudios más recientes que demuestran, que la *Fijación de Precio de Reventa* a veces trae beneficios a los consumidores. Inclusive, los proponentes de la *Regla Per Se* han aceptado este punto. Lo que es extraordinario de los argumentos de la mayoría, es que no presentan nada que sea nuevo.

La única excepción controvertible en el reclamo de la mayoría se basa, que en ausencia de un aprovechamiento de las oportunidades que brinda la *Fijación de los Precios de Reventa*, ésta puede ser la manera más eficiente de expandir las acciones del mercado del manufacturero, ya que induce al distribuidor a que tenga un mejor rendimiento, cuando provee servicios valiosos tales como ayuda al cliente, bajo su propia iniciativa y experiencia, sin temer que otros competidores se aprovechen de sus inversiones.

Sin embargo, no se puede contar esto como excepción, aunque no esté claro cómo en ausencia de un aprovechamiento de la inversión inicial, y al estar enfrentándose a la competencia, un manufacturero establecido podría necesitar un acuerdo de *Fijación de Precios de Reventa*.

Nadie ha alegado, que la economía norteamericana haya cambiado en maneras que pueda sostener la posición de la mayoría. La concentración en las ventas está aumentando. Ese cambio entre otras cosas, puede permitir y motivar más a los distribuidores, para que se unan en una concentración o conglomerado formando un porcentaje mayor del volumen total de ventas. Como resultado de esa unión, podrían buscar la *Fijación de Precio de Reventa* para controlar los precios, haciendo más difícil que los otros competidores puedan recortar sus precios y obtener una parte del mercado. Por ejemplo, en un estudio de los enseres eléctricos de los años 1950 se sugiere que

éstos productos, constituyen una porción significativa de los productos conglomerados que están sujetos a la *Fijación de los Precios de Reventa*.

Aunque es algo difícil comparar la información del censo del 2002 con el de varias décadas atrás, debido a los cambios en los sistemas de clasificación; está claro que algunas clasificaciones de la industria de los enseres eléctricos están ahora más concentradas en términos del *poder de mercado*. Por ejemplo, ocho de los primeros fabricantes domésticos de enseres eléctricos de cocina formaron un 68% del mercado doméstico, medido por el valor de los envíos de 1963; comparado con la fecha más reciente de un 77% en el 2002.

De la misma forma, los ocho primeros fabricantes de enseres de equipo de lavadoras formaron un 95% del mercado doméstico en 1963, un 90% en 1958; comparado con un 99% en 2002, *1972 Census, at SR2-38; 2002 Census, at 55*. Mientras que los ocho primeros fabricantes de enseres de equipo de neveras y refrigeradores formaron un 91% del mercado doméstico en 1963, comparado con un 95% en el 2002, *1972 Census, at SR2-38; 2002 Census, at 55*.

El aumento de la concentración entre los fabricantes aumenta la posibilidad de que se suscriban acuerdos de *Fijación del Precio de Reventa*, que probarán ser más prevalecientes y más perjudiciales. Por lo menos, la mayoría no ha explicado estos u otros cambios en la economía que puedan apoyar su posición. En sí, no hay un cambio relevante y sin ese cambio, no hay suficiente fundamento para abandonar una regla *Antitrust* que está muy bien establecida, como lo es la *Regla Per Se*.

Teniendo la presente discusión en mente, se debería de consultar una lista de factores que nuestra jurisprudencia indica son relevantes, cuando se considera revocar el caso anterior. El *Juez Scalia* escribió en otro caso acerca de esta lista. Cada factor relevante que menciona, argumenta en contra de revocar el caso de *Dr. Miles*. Un factor manifiesta que el *Tribunal Supremo* aplica el precedente más rígidamente en los casos estatutorios que en los constitucionales.

En un caso estatutorio se cuestiona una ley que proviene de un acto de la legislatura que declara, prescribe u ordena una ley en específico, que está expresamente escrita. Mientras, que en un caso constitucional se reta la validez constitucional de alguna ley, regulación, etc. El caso de *Leegin* es uno estatutorio, ya se está cuestionando la validez de la *Regla Per Se*.

El Tribunal, en ocasiones revoca los casos que decide incorrectamente, pero por un período de tiempo razonablemente corto. Sin embargo, en este caso se ha revocado el caso de *Dr. Miles* que es también un caso estatutorio, que fue decidido hace 100 años. De la misma forma, se han revocado otros casos que han concurrido con la *Regla Per Se* en estos años intervinientes. Esto quiere decir, que la *Regla Per Se* ya no funciona como antes, y el hecho de que una decisión establezca un régimen legal que ya no se pueda trabajar, es un argumento a favor de la revocación.

Además, la implementación de la *Regla Per Se*, aunque tenga complicaciones que atiende la excepción permitida en *United States v. Colgate & Co., 250 U. S. 300 (1919)*; ha probado ser una práctica que se ha aplicado muchas veces a través del curso del último siglo. Particularmente, dicha práctica se ha comparado con muchas complejidades del caso litigado, bajo el régimen del *Regla de la Razón*.

Nadie ha demostrado cómo el moverse del régimen del caso de *Dr. Miles* al análisis de la *Regla de la Razón*, hará que el régimen legal que controla la *Fijación de Precios de Reventa* sea más administrable. Específicamente, porque el caso de *Colgate* permanece como un buen precedente que presenta un punto medio, con respecto a la *Fijación de un Precio*, pero que sea irrazonable.

La *Regla Per Se* es una doctrina de ley muy bien establecida, así como este *Tribunal Supremo* lo ha reconocido previamente. Además, existe una gran dependencia a dicha regla. El Congreso dependió de la continua vitalidad del caso de *Dr. Miles* cuando revocó las Actas *Miller-Tydings* y *McGuire, supra*. La rama ejecutiva argumentó a favor de dicha revocación, basándose en la presunción de que el caso de *Dr. Miles* es quien sostiene la ley.

Más aún, sectores completos de la economía han dependido de la *Regla Per Se*. Un *punto de venta* dice, que dicha regla forma una parte esencial del trasfondo regulatorio, en que otras tiendas por descuento han financiado, estructurado, y operado su negocio.

Por otro lado, la *Consumer Federation of America* dice que los grandes vendedores de precios bajos, no existirían si no fuera por el caso de *Dr. Miles*. Los acuerdos de *Fijación de los Precios de Reventa* estabilizan los niveles de los precios, e impiden la competencia de precios bajos, levantando una inalcanzable barrera de entrada a los innovadores de precios bajos.

Los nuevos distribuidores, incluyendo a los distribuidores por Internet que han similarmente invertido tiempo, dinero, y trabajo en un esfuerzo por traer bienes de bajos costos a los norteamericanos se verán afectados. La revocación de este caso pone en peligro esta *confianza* y mucho más.

Igualmente, el *Tribunal Supremo* minimiza la importancia de esta *confianza pública*, añadiendo que los contratos de *Fijación de Precio Mínimo de Reventa* son legales; y que no más de una pequeña fracción de los manufactureros los ha empleado. Sin embargo, por pequeños que sean, dicho Tribunal se refiere a los manufactureros que forman hasta un diez por ciento de las compras de los bienes anuales. Esta figura en la economía de hoy, equivale a una cantidad mayor de \$300 billones de dólares, Véase *Dept. of Commerce, Bureau of Census, Statistical Abstract of the United States: 2007, p. 649 (126th ed.) (over \$3 trillion in U. S. retail sales in 2002)*.

Por ende, en conjunto con el *Departamento de Justicia* de 1970 se estima que la *Regla de la Razón* se traduce en un régimen legal que permite la *Fijación del Precio de Reventa*, produciendo ingresos que son más altos en un promedio de setecientos cincuenta (\$750.00) a mil (\$1,000.00) anuales de dólares, que los que se produce para una familia norteamericana de cuatro. Estas figuras indican que las cantidades envueltas son familias norteamericanas importantes, que no se pueden determinar como una pequeña.

En fin, el hecho de que una ley se han anejado en la cultura nacional es un argumento fuerte en contra de su revocación. La *Regla Per Se* que prohíbe los acuerdos de *Fijación de un Precio Mínimo*, se ha anejado en la misma ley *Antitrust*; ya que se trata de una presunción básica de esa Ley, que los consumidores frecuentemente prefieren los precios bajos más que a los servicios adicionales.

**C. *El Derecho Común:***

El único factor contrario al precedente de *Dr. Miles* que la opinión mayoritaria menciona en su reclamación, es que desde el principio se trató a la *Sherman Act* como una ley del *Derecho Común*. El *Derecho Común* es el derecho anglosajón no codificado, que deriva su autoridad de los usos y costumbres de tiempos inmemoriales, o de las decisiones y decretos de los tribunales.

En el caso de *Sylvania, supra*, el *Tribunal Supremo* revocó a *United States v. Arnold, Schwinn & Co. - 388 U.S. 365 (1967)*, explícitamente distinto al de *Dr. Miles*. En *Arnold, Schwinn & Co.*, se expresó que los límites territoriales impuestos por un manufacturero eran *ilegales per se*.

Más aún, el *Tribunal Supremo* decidió el caso de *Sylvania* después de una década de *Arnold, Schwinn & Co.*, y basó su revocación en la necesidad de evitar que haya una confusión con la ley. El tribunal sugiere que ésta una tradición del *Derecho Común*.

Sin embargo, ese tradición no aplica a este caso. El *Derecho Común* no hubiera permitido la revocación de *Dr. Miles* en estas circunstancias. Los tribunales de *Derecho Común*, raramente revocan reglas anteriores que están bien establecidas por completo.

Por el contrario, el *Tribunal* más adelante emitió decisiones que gradualmente erosionarán el alcance y efecto de la *Regla Per Se* en cuestión, y que puede eventualmente conducir a que los *Tribunales* pongan la regla en desuso.

Se puede argumentar que la modificación de la *Regla Per Se* para hacer una excepción, y permitir la entrada en el mercado de las nuevas empresas, puede ser consistente con este método.

Además, un Tribunal que descansa su decisión en la visión de unos economistas debe tomar en consideración, las visiones de los juristas acerca de la revocación del *Derecho Común*. *Karl Llewellyn* ha escrito que la reforma de un juez del *Derecho Común* de una ley anterior debe sostener un grado de movimiento.

Finalmente, el Tribunal sostiene que la *FTC* argumentó a favor de la *Regla de la Razón*. Pero, ambos el *Congreso* y la *FTC*, están muy bien equipados para reunir evidencia empírica fuera del contexto de un sólo caso. Ninguna de las dos lo ha hecho en el caso de *Leegin*. Al carecer de evidencia suficiente, no se puede concluir que las ganancias de eliminar la *Regla Per Se* superan los costos.

#### ***D. Conclusión:***

Finalmente, el *Juez Stephen Breyer*, expuso que las únicas predicciones que se pueden hacer hoy, son que habrá un aumento de los precios de los productos, que creará al mismo tiempo, una turbulencia legal en las cortes inferiores que buscan desarrollar principios que se puedan trabajar. Por lo tanto, la opinión de la mayoría no ha demostrado que hayan nuevos cambios en las condiciones que sean lo suficientes, como para garantizar la revocación de una decisión que tiene un largo establecimiento.



## CAPÍTULO IV

### OPINIONES FAVORABLES Y DESFAVORABLES EN LA OPINIÓN PÚBLICA DE LA SENTENCIA DE LEEGIN

#### *A. Opiniones Favorables:*

La sentencia de *Leegin* ha tenido opiniones favorables en el público. De acuerdo al economista *STEPHEN SCHWARTZ*<sup>84</sup>, la mayoría de los economistas del pensamiento prevaleciente o de la opinión mayoritaria están de acuerdo con la decisión de *Leegin*; y el impacto en la competencia de los acuerdos de *Fijación de Precios* va a depender de la realidad del *mercado específico* de que se trate, en donde dichos acuerdos hayan sido introducidos.

El Juez *RICHARD A. POSNER*<sup>85</sup>, dice que la sentencia de *Dr. Miles* estaba incorrecta, como un asunto de economía; ya que un manufacturero no tiene interés en autorizar a sus distribuidores a cartelizar la distribución de sus bienes, restringiendo el acceso a sus clientes. Si el manufacturero coloca en un espacio, una limitación de los precios de venta de sus distribuidores, es porque ese espacio sirve sus mejores intereses al permitirle competir más efectivamente en contra de otros manufactureros; y motiva a sus distribuidores a proveerle servicios a los consumidores para el bienestar de ese mismo manufacturero. Por lo que, *Dr. Miles* ha sido correctamente revocado y *Leegin* es un triunfo para el pragmatismo.

De la misma forma, los argumentos a favor de la *Regla de la Razón* como instrumento preparado para atender la *Fijación de Precios*, van a examinar la validez de varias explicaciones pro competitivas, tales como: la alianza entre los manufactureros y distribuidores, por los incentivos financieros que puedan obtener; la mejora en la habilidad del manufacturero para ser un competidor efectivo entre las marcas; y la

---

<sup>84</sup> Cfr. LAUREANCE, WU, *Assessing the Competitive Impact of Resale Price Maintenance: Practical Implications of The Supreme Court Decision in Leegin*, Disponible en: [http://www.nera.com/extImage/AT\\_Insights\\_549\\_0707-FINAL.pdf](http://www.nera.com/extImage/AT_Insights_549_0707-FINAL.pdf). (April-June 2007).

<sup>85</sup> Cfr. POSNER, RICHARD A. *How Judges Think (Pims - Polity Immigration and Society Series)*, (2010).

reducción de las oportunidades del aprovechamiento de los competidores que no realizaron inversiones iniciales.

Este análisis comienza, con el manufacturero que necesita distribuidores aliados, que estén enfocados en prevalecer en contra de sus competidores. Para ello, el manufacturero necesita crear incentivos. Dichos incentivos se obtienen por medio de acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos*.

Los acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos* crean incentivos financieros para que los distribuidores puedan concentrarse en la venta de los productos del manufacturero, sin temer a la competencia entre precios con otros competidores. Dichos acuerdos, disminuyen el alcance de los potenciales descuentos, facilitando el esfuerzo de competencia. A la vez, aumentan tanto los ingresos de los distribuidores como del manufacturero.

Además, estos incentivos se pueden apreciar con mayor valor en la competencia entre marcas. La competencia entre marcas se conoce como una empresa que observa detenidamente, como otras empresas competidores ofrecen un producto, servicios y precios similares, a los ofrecidos a los clientes de la empresa que se dedica a observar.

Esto quiere decir que los acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos* tienen como incentivo, el fomentar a los manufactureros de marcas similares, a que inviertan en nuevos productos, promoción y actividades que construyen dichas marcas, conduciendo a una competencia que beneficia a los consumidores.

En otras palabras, como los manufactureros y los distribuidores no se tienen que preocupar por la competencia de precios con otras empresas, cuando éstos utilizan los acuerdos de *Fijación de Precios* se produce un aumento de la competencia entre marcas, concediendo a los consumidores más alternativas a escoger de acuerdo a sus necesidades y recursos.

Conjuntamente, el economista *LEANDRO ZIPITRÍA*<sup>86</sup> con respecto al caso de *Leegin* dice: que existe justificación para permitir la posibilidad de que las empresas suscriban acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos de Reventa*. Pongamos por ejemplo, el caso de una empresa manufacturera que quiere introducir un nuevo producto que requiere que sus distribuidores realicen inversiones específicas tales como: asesoramiento a los clientes respecto a sus características, funcionalidades, etc. En este marco, si la empresa manufacturera no fija un precio mínimo de reventa de su producto; otros manufactureros pueden que no incluyan en su presupuesto partida alguna de inversión, para ser adjudicada al asesoramiento a sus clientes, aprovechándose del gasto que este manufacturero incurrió inicialmente, y fijando un precio menor a sus productos.

En otras palabras, si no se aceptara el acuerdo de *Fijación de Precios* los consumidores tendrán mayores incentivos, para asesorarse con los distribuidores que sí tienen ese servicio, y luego decidirán comprarle su producto a aquellos que no lo ofrecen, pero que lo venden más barato.

En este marco, un precio mínimo de reventa induce a los distribuidores a realizar inversiones específicas, con respecto a los servicios que deben ser ofrecidos sin el temor de que otros se aprovechen de sus inversiones. Desde el punto de vista económico, en cada caso por separado, se deberá demostrar que los incentivos de la *Fijación de Precios*, producen efectos que distorsionan el mercado y que por tanto deben prohibirse.

Por otro lado, los economistas *WILLIAM S. COMANOR Y FREDERIC M. SCHERER*<sup>87</sup>, dicen que la *fuerza de la fijación de precios* es un punto a considerar significativo para determinar los estándares *Antitrust* apropiados, ya sean *la Regla Per se o la de la Razón*. Por esta razón, el enfoque apropiado deber ser el de echar *un rápido vistazo o un “quick look”*.

---

<sup>86</sup> Cfr. ZIPITRÍA, LEANDRO, *Algunas Reflexiones Desde La Visión Económica Sobre La Nueva Ley De Defensa De La Competencia*, Disponible en <http://leandrozipitria.files.wordpress.com/2008/12/2009-def-comp-lz-ada.pdf>. (2008-2009).

<sup>87</sup> Cfr. BRIEF FOR: COMANOR, WILLIAM S. AND SCHERER, FREDERIC M., AS AMI CURIAL SUPPORTING NEITHER PARTY, Disponible en: [http://www.antitrustinstitute.org/files/aai-%20Leegin.%20Comanor%20&%20Scherer%20amicus%20brief\\_021820071955.pdf](http://www.antitrustinstitute.org/files/aai-%20Leegin.%20Comanor%20&%20Scherer%20amicus%20brief_021820071955.pdf). (2007).

Dicho de otro modo, la evidencia de que la *Fijación de Precios* fuera inducida por los distribuidores, debe conducir a la presunción de que una *violación per se*, es controvertible, basado en la presentación de evidencia contradictoria y creíble.

Asimismo, la evidencia preliminar de que la *Fijación de Precios* es instigada por el manufacturero, debe apuntar a ser una adjudicación bajo la *Regla de la Razón*. Un examen cuantitativo de lo sustancial debe ser aplicado. Esto quiere decir, que como evaluación preliminar se le debe conceder el beneficio no rechazar de plano dicho acuerdo, hasta tanto no se haya terminado de evaluar.

Por el contrario, un análisis de la *Fijación de Precios* por medio de la *Regla Per Se* determina que es perjudicial a los consumidores, cuando se aplica a una línea de producto en particular. Por ejemplo, esto sucede cuando la mayoría de los distribuidores invierten, en una gran promoción antes de conseguir una venta sustancial de sus productos; causando que sus esfuerzos se cancelen, conduciendo a un alto precio, alto margen y altos costos de equilibrio promocional, con una demanda relativamente pequeña. En tales circunstancias, la alternativa del consumidor está restringida a esa sola línea de productos que tenga márgenes de alta distribución. Conllevando a una presunción controvertible de la ilegalidad, cuando el volumen de ventas justas en una línea relevante y estrecha, excede un 50%.

Por eso, se debe utilizar la *Regla de la Razón* para que mediante una evaluación más flexible, de todos los factores relevantes a la línea de productos y al mercado, entiéndase los gastos de promoción, se acerque al balance deseado entre la economía judicial y el mantenimiento de la competencia.

Asimismo, la “*National Association of Manufacturer*”<sup>88</sup>, ha señalado que la decisión de *Leegin*, no presenta una autorización para la *Fijación de Precios*. Por el contrario, este precedente promueve mucha litigación por parte de los manufactureros

---

<sup>88</sup>Cfr. QUENTIN, RIEGEL, *NAM Counsel Says High Court Decision Does Not Legalize Resale Price Maintenance*, Disponible en:<http://www.nam.org/Communications/Articles/2007/06/NAMCounselSaysHighCourtDecisionDoesNotLegalizeResalePriceMaintenance.aspx>. (Jun. 28, 2007).

que deberán probar que los acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos*<sup>89</sup> producen en sus productos individuales, un ambiente más competitivo para sus ventas.

El problema con la nueva sentencia surgirá cuando un manufacturero le permite al consumidor, comparar los precios de sus productos de marcas en diferentes tiendas. Esta situación producirá una mayor competencia de precios por el mismo producto. Algo que el manufacturero deseará constantemente controlar.

Por lo tanto, los manufactureros de los productos de marca aspirarán a tener más poder para *Fijar el Precio Mínimo* de sus productos. Además, tendrán un mayor control en la presentación de esos productos al público.

Por su parte, es posible que el impacto de la sentencia de *Leegin* no sea tan negativo, en las tiendas distribuidoras pequeñas o minoristas que venden dichos productos de marca, como en los manufactureros que producen esos mismos productos de marca.

---

<sup>89</sup> *Cfr. NATIONAL ASSOCIATION OF MANUFACTURERS, U.S. Supreme Court's Antitrust Ruling: What's Ahead for Retailers?* Disponible en: <http://www.cnbc.com/id/19502091&cid=0&ei=1qiGRuu3CoKcrQOlorWbCQ>. (June 29, 1997). *The NATIONAL ASSOCIATION OF MANUFACTURERS has been quick to point out though that this doesn't carte blanche legalize price maintenance. Instead this ruling opens the door to a ton of litigation by manufacturers who will now have to prove that price-fixing on their individual products (name brands as broad as Apple, Ralph Lauren, Nike, etc.) makes for a more competitive environment for sales. In other words, the case needs to be made by the manufacturer that allowing the consumer to comparison shop will actually create an anti-competitive environment. Retailers who sell generic, non-branded products will largely be unaffected by the ruling. Who does it hurt? True, small businesses will have an even harder time keeping up with Big Box stores when it comes to competition in the discount market. However, small stores that sell high-end brand names may not be negatively impacted as the manufacturers who produce these branded items will want to keep their high-end products on shelves though they may be choosier about the channels of distribution and level of service provided in store. Consumers may have a more difficult time getting discounts on branded goods. According to dissenting opinion by JUSTICE STEPHEN BREYER: "The only safe predictions to make about today's decision are that it will likely raise the price of goods at retail." This isn't necessarily the case but could potentially become true if manufacturers do win a majority of future cases in court that establish a price floor under certain products. At this point, it is up to the lawyers to sort out. There are many potential impacts that we'll have to see play out. The big retail names out there are unlikely to feel any real negative impact by the ruling because they sell a good deal of generic, non-branded product. Another chip in their favor: the individual negotiation power they hold with their suppliers due to their massive size. It will be hard for a manufacturer to squeeze a retailer of Wal-Mart's size in order to establish a price floor. Smaller retailers may not have this bargaining power with their manufacturers.*

Esto ocurre debido a que los manufactureros son quienes tendrán que incurrir en mayores inversiones, para poder mantener sus productos en las tablillas de esos pequeños distribuidores. Por lo que, éstos serán más selectivos con los canales de distribución, y con el nivel de servicio que es provisto en esas tiendas pequeñas.

Por otro lado, las grandes tiendas distribuidoras no sentirán algún impacto negativo, porque venden una gran cantidad de productos genéricos al igual que los de marca. Otro punto a su favor, es que el poder de negociación individual que sostienen con sus suplidores debido a su tamaño masivo.

Finalmente, *JAMES A. WILSON*<sup>90</sup> en *Representación de la American Bar Association o ABA*, expuso, en la audiencia del 12 de mayo de 2009<sup>91</sup>, presidida por el Honorable *Senador Herb Kohl, et al*, su apoyo a los acuerdos de *Fijación de Precios* entre los manufactureros y distribuidores, que le permiten revender sus productos o servicios, y éstos no deben ser catalogados como *ilegal per se*.

La *ABA* apoya la decisión del *Tribunal Supremo* de extender el enfoque de la *Regla de la Razón* de las decisiones anteriores, a la *Fijación de Precios*. La *ABA* sostiene que los manufactureros ven los márgenes de los distribuidores, así como el costo de distribución. Entiende, que estos manufactureros no poseen un incentivo económico para poder ofrecer compensaciones adicionales a sus propios distribuidores.

Por el contrario, si los manufactureros quieren aumentar los precios, sólo necesitan aumentar los precios acordados con los distribuidores como un incentivo más, sin limitar los precios a los que éstos puedan revender sus productos.

Además, el grueso de la literatura de la economía sugiere que la *Fijación de Precios*, es más probable que se utilice para fortalecer la *eficiencia económica* que para propósitos anticompetitivos, porque permite ofrecerle mayores incentivos a los

---

<sup>90</sup> WILSON, JAMES, en *Representación de la American Bar Association*, Disponible en: <http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/09-05-19WilsonTestimony.pdf>. (May 19, 2009).

<sup>91</sup> *Cfr. KOHL, HERB, United States Senator of Wisconsin*, Disponible en: [http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/kohl\\_statement\\_05\\_19\\_09.pdf](http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/kohl_statement_05_19_09.pdf), (May 19, 2009).

distribuidores para que cumplan con dichos acuerdos. La *eficiencia económica* se conoce como la eficiencia con la cual un sistema económico, utiliza los recursos productivos a fin de satisfacer sus necesidades.

De todas formas, la *Fijación de Precios* puede estimular la competencia entre marcas, ofreciendo mayores servicios y alternativas de productos al consumidor, y no es tan perniciosa como para que llegue al nivel de garantizar la *ilegalidad per se*.

De igual forma, la evidencia empírica bajo las leyes de *Fair Trade* y la aplicación de la *Doctrina de Colgate*, no apoya la aplicación de la *Regla Per Se*. También, un estudio conducido por la *Federal Trade Commission* no encontró fundamento alguno, para concluir que la *Fijación de Precios* es siempre anticompetitiva.

En fin, la *ABA* no está de acuerdo con el proyecto de ley *S. 3406: Discount Pricing Consumer Protection Act*. Este proyecto tiene la intención de restaurar la normativa que dice que los acuerdos entre los manufactureros y detallistas, distribuidores o mayoristas, que fijan los precios mínimos de reventa no serán válidos, y violan la *Sherman Act*, tal y como dice la sección 3. Este proyecto fue reintroducido y referido el 21 de noviembre de 2011<sup>92</sup>, al *Subcommittee on Intellectual Property, Competition and the Internet*, para la consideración del *Congreso*. Sin embargo, un tiempo después no procedió a convertirse en Ley y fue descartado.

### **B. Opiniones Desfavorables:**

El caso de *Leegin* también tuvo opiniones desfavorables. El jurista *ROBERT BORK*<sup>93</sup>, dice que *Tribunal Supremo* dio un paso erróneo y decisivo que ha controlado todo un cuerpo legislativo. Asimismo, el profesor de economía *JOSEPH M. JADLOW*<sup>94</sup>

<sup>92</sup> *Gov.Track.us, A Civic Project to Track Congress*, Disponible en: <http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=h112-3406>, (January 5, 2012).

<sup>93</sup> *Cfr. GALLES, GARY M. Revelando La Realidad Del Antitrust*, Disponible en: <http://mises.org/Community/blogs/euribe/archive/2010/12/18/revelando-la-realidad-del-antitrust.aspx>. (2014).

<sup>94</sup> *Cfr. JADLOW, JOSEPH M. The 2007 Leegin Decision On Resale Price Maintenance And Its Implications For Firms' Distribution Strategies*, Disponible en:

argumentó que la decisión del caso de *Leegin* es una autorización expresa para fijar los precios mínimos y crear cárteles que puedan afectar la competencia de dichos precios.

Para sus opositores, la *Fijación de Precios Mínimos* es el instrumento que puede facilitar la creación de un *Cártel de Manufactureros*, con el objetivo de identificar en el mercado cuáles manufactureros no forman parte del cártel; cuáles están haciendo rebajas en sus productos; y al mismo tiempo cuáles se están beneficiando de los precios bajos que ofrece dicho *cártel*. Por lo tanto, si los *cárteles* hacen uso de la *Fijación de Precios Mínimos*, éstos pueden disuadir al manufacturero que sea ajeno a ese *cártel*, de hacer rebajas en los precios ofrecidos a sus distribuidores.

En los mercados que ofrecen productos con poca competencia, la *Fijación de un Precio Mínimo* podría resultar en una limitación a la entrada de otros nuevos manufactureros independientes que quieran reducir sus precios, tales como las tiendas de descuento o una gran superficie con mayor poder de adquisición al incrementar el volumen de ventas. Por lo que, se afectaría la competencia de precios bajos de ese mercado, y a su vez el consumidor que tendría que comprar a precios artificialmente controlados por los manufactureros dominantes.

Inclusive, los manufactureros ya están empezando a aceptar su nuevo poder para fijar precios, algunas veces a costa de los distribuidores o detallistas. Éstos manifiestan que los acuerdos de *Fijación de Precios Mínimos* de los manufactureros les hace difícil competir.

De la misma forma, los *State Attorneys* o los abogados estatales que apoyan a los que disienten de la decisión de *Leegin*, advirtieron que la *Fijación de Precios Mínimos* van a crear una inflación o aumento en los precios. También, los *Attorney Generals* de 35 Estados escribieron una carta al *Congreso* para urgirle, que promulgue una ley que convierta la *Fijación de Precios Vertical* en ilegal.

---

[\(http://www.thefreelibrary.com/The+2007+Leegin+decision+on+resale+price+maintenance+and+its...-a0215482703\)](http://www.thefreelibrary.com/The+2007+Leegin+decision+on+resale+price+maintenance+and+its...-a0215482703). (2009).

Adicionalmente, la *Fijación de Precios* promueve la posibilidad de que se puedan organizar *Cárteles a Niveles de Distribuidores*. Un grupo de distribuidores se puede unir para fijar los precios de los productos, y luego pretenda obligar a los fabricantes a que los apoyen. En este caso, el fabricante no establece la práctica para estimular los servicios o para promover su marca, pero como quiera le concede altas ganancias a los distribuidores que son ineficientes. Como consecuencia, por medio de ese acuerdo se les impide a los distribuidores que posean un mejor sistema de distribución, y una estructura de costos bajo, ofrecer precios a su vez mucho más bajos.

Adicionalmente, el profesor ROBERT PITOFSKY<sup>95</sup> dice que la decisión del caso de *Leegin* ha creado una tentación para *estabilizar los precios*, con un alto margen de ingreso para los fabricantes y los distribuidores. Esto tiene el potencial al mismo tiempo de tener precios más altos para los consumidores.

Entonces, si los fabricantes *fijan los precios de reventa* de forma efectiva, pueden cambiar drásticamente la manera en que éstos hacen sus propios negocios. Los fabricantes se concentrarán en la fijación del precio y el margen sostenible, no sólo para aumentar la vida del producto, sino para transformar también las ventas de comodidad, a una basada en *marca-equidad o equidad de marca*.

En otras palabras, el margen sostenible se conoce como la cantidad de ingreso en exceso generado por una empresa, utilizando sus recursos más eficientemente de lo que la norma exige. Asimismo, la equidad de marca es el valor conferido por los clientes actuales y potenciales al nombre, símbolo y personalidad de una marca, que se agregan al valor proporcionados por los productos, servicios y/o empresa que se identifica con esa marca.

En resumen, los distribuidores pueden convertir sus tácticas de precios ventas en un mejor servicio, y al mismo tiempo beneficiarse de un alto margen sostenible de ingreso. Los precios más altos por naturaleza son perjudiciales a las ventas. Por ende, el

---

<sup>95</sup> Cfr. PITOFSKY ROBERT, *In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing*, 71 GEO. L.J. 1487, 1492 (1983).

manufacturero tiene que compensar el aumento en el precio proveyendo y haciendo que sus distribuidores proporcionen más valor al consumidor. Si el manufacturero pide más, ellos tienen que estar dispuestos a dar más.

Asimismo, los pequeños negocios van a tener más dificultades para mantenerse a la par con las tiendas más grandes, al competir con el mercado de descuento y con el de sustitutos.

Esto significa que si los acuerdos de *Fijación de Precios* evitan que los distribuidores de moda, como *Bargains*, *Bluefly*, o varias tiendas de *Ebay* vendan ropa a descuento, la gente no querrá comprar esa ropa de diseñador al precio original. Como resultado, el consumidor buscará un sustituto más barato, y terminará comprando ropa que no es de diseñador, por ejemplo de las tiendas *H&M* or *Target*.

De igual forma, la opinión pública de los disidentes, encabezada por el *Juez Bryer* alega que debido a la sentencia de *Leegin* los consumidores van a tener mayores dificultades<sup>96</sup>, en obtener descuentos en los productos de marca. Esas dificultades ya se han visto en las compañías<sup>97</sup> de productos para bebés, electrónicos, muebles para el hogar, comidas de mascotas, y el alquiler de vehículos.

---

<sup>96</sup> Cfr. Op. Disidente del JUEZ BREYER, STEVENS, SOUTER, y GINSBURG, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, Dba Kay's Klosets, Kay's Shoes*, 2007 S.Ct. 1835892 (U.S.).

<sup>97</sup> Cfr. KATHY G, *Price Fixing and the Return of the Robber Barons*, Disponible en: [http://www.alternet.org/story/95461/price\\_fixing\\_and\\_the\\_return\\_of\\_the\\_robber\\_barons](http://www.alternet.org/story/95461/price_fixing_and_the_return_of_the_robber_barons). (August 18, 2008). *Besides hurting retailers, the law is, of course, bad for consumers. Baby goods, consumer electronics, home furnishings, pet food, and car rentals are among the goods and services being affected. Previously, JUSTICE BREYER, in his dissent in the Leegin ruling "estimated that legalizing price-setting could add \$300 billion to annual consumer costs." And the ruling is especially bad for online retailers. It's supposed to apply only to advertised prices, but by definition, online sellers make their prices public by listing them on their websites. So what's the point of allowing price-fixing? Manufacturers tend to like it, because it preserves the value of their brands by preventing them from being associated with cut-rate, bargain basement retailers. Economists associated with Chicago school argued that price-fixing can promote the free market, since "minimum pricing strategies" would prevent no-frills discounters from getting a "free ride" from marketing efforts of rival retailers that charged higher prices to spend more money on promotion. There's also an argument that price-fixing can benefit consumers. The Journal article points out that in his majority opinion in the case, JUSTICE KENNEDY wrote that price-fixing "could foster competition by giving retailers enough profit to promote a brand or offer better service." Personally, I remain highly skeptical of that line of argument. If the price-fixing rule prevents my favorite fashion retailers like Smart Bargains, Bluefly, or various Ebay stores from selling clothing at a steep discount, I'm not likely to be buying designer labels at full price. As a consumer, I'll switch to a cheaper substitute, and will end up buying non-designer clothes from the likes of H&M or Target. I believe many other consumers will follow suit. I doubt that price-fixing is going to help manufacturers as much as they think. Besides hurting consumer choice, the ruling is likely to benefit large retailers at the expense of*

Inclusive, los distribuidores sostienen que los manufactureros requieren el cumplimiento con los acuerdos de precios mínimos, si no, los distribuidores se arriesgan a que los manufactureros le recorten sus suministros.

Inclusive, los manufactureros tales como *Stanley Furniture* y *Old Mother Hubbard* (una fábrica de comida de mascotas), entre otros, han estado empleando las políticas de *Fijación de Precios*, y han sido demandados por sus propios distribuidores.

Un ejemplo de los alegados efectos de la sentencia de *Leegin* se puede apreciar cuando dos pequeños distribuidores, *BabyAge* and *BabyCatalog.com* radicaron una demanda en contra del distribuidor *Babies "R" Us*. Los distribuidores demandantes alegaron que había un acuerdo de colusión de precios; específicamente cuando *Babies "R" Us* verificó los precios de los productos en las páginas de internet de sus rivales distribuidores, y reportó violaciones a los acuerdos de *Fijación de Precios* que tenían éstos con sus propias compañías manufactureras.

Como resultado de estos reportes, los manufactureros dejaron de suplirle sus productos a *BabyAge* y a *BabyCatalog.com*, afectando sus negocios. *Jacob Weiss*<sup>98</sup> de *Baby Age.com* quien se especializa en ropa de maternidad y de niños, dice que 100 de 465 de sus suplidores ahora dictan los precios mínimos, y cerca de una docena le han recortado los envíos de sus productos. Por esta situación, *BabyAge* se fue casi a la quiebra.

---

*smaller ones. For example, the Journal article details a lawsuit filed by two small retailers, BabyAge and BabyCatalog.com, against the retail giant Babies "R" Us. The plaintiffs allege that Babies "R" Us: checked prices on the Web sites of rivals and reported violations of the manufacturers' minimum-pricing rules. Following those reports, the lawsuit alleges, the manufacturers stopped supplying their products to BabyAge and BabyCatalog.com, damaging their businesses. Indeed, as the article details, BabyAge nearly went bankrupt as a result. The Journal piece reports that attorneys general from 35 states have written a letter to Congress to urge passage of a law that would make this type of price-fixing illegal. But the article doesn't say if Congress plans to do anything about the matter.*

<sup>98</sup> Cfr. SLATER, DAN, *The Legacy of Leegin: Price-Fixing, the Comeback Kid of Antitrust Law*, Disponible en: <http://blogs.wsj.com/law/2008/08/18/the-legacy-of-leegin-price-fixing-the-comeback-kid-of-antitrust-law/>. (August 18, 2008). *JACOB WEISS* of *BabyAge.com*, which specializes in maternity and children's gear, says nearly 100 of his 465 suppliers now dictate minimum prices, and nearly a dozen have cut off shipments to him. "If this continues, it's going to put us out of the baby business," he says. *BabyAge* is now suing about a half-dozen major baby-gear makers and retailers alleging price collusion. State attorneys general sided with the dissenters in *Leegin*, warning that minimum pricing, also known as "resale price maintenance," will feed inflation. In his dissent, Justice Breyer estimated that legalizing price-setting could add \$300 billion to annual consumer costs. In May, attorneys general from 35 states wrote to Congress urging passage of a law to make policies like these illegal.

### C. “Discount Pricing Consumer Protection Act”:

El “Discount Pricing Consumer Protection Act”<sup>99</sup> fue un proyecto de ley preparado,<sup>100</sup> para proteger a los consumidores de los posibles efectos negativos de la *Fijación de Precios Vertical*. Los primeros propulsores que patrocinaron dicho proyecto fueron: el *Senador Herbert Kohl, D-Wis, Chairman for the Senate Antitrust, Competition and Consumer Rights Panel, Sen. Edgard Kaufman, Sen. Ron Wyden, Sen. Sheldon Whitehouse, Sen. Richard Durbin, Sen. Dianne Feinstein, Sen. Al Franken, Sen. Amy Klobuchar, y Sen. Charles Schumer. Por último, cuando se transformó en el Proyecto S.3406, el 14 de noviembre de 2011, lo patrocinó el Rep. Henry “Hank” Johnson Jr. y John Conyers.*

El 12 de mayo de 2009<sup>101</sup> se llevó a cabo una vista presidida por el *Honorable Senador Herb Kohl, Tod Kohen, Vice Presidente y Deputy General Counsel, Government Relations de Ebay; la Comisionado Pamela Jones Harbour del Federal Trade Commission; Stacy Haigney, General Attorney representando a Burlington Coat Factory; y James A. Wilson en representación de la American Bar Association.*

El *SENADOR KOHL*<sup>102</sup> expresó que ya se han observado a los fabricantes fijando los precios de sus productos, resultando en precios más altos para los

<sup>99</sup> *Discount Pricing Consumer Protection Act*, Disponible en: <http://www.opencongress.org/bill/110-s2261/show>. (January 6, 2009).

<sup>100</sup> Gov.Track.us, *A Civic Project to Track Congress*, Disponible en: <http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=s112-75>, (March 20, 2011).

<sup>101</sup> Cfr. United States Committee on the Judiciary, *Statement of The Honorable Herb Kohl, United States Senator of Wisconsin*, Disponible en: [http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/kohl\\_statement\\_05\\_19\\_09.pdf](http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/kohl_statement_05_19_09.pdf), (May 19, 2009).

<sup>102</sup> Cfr. Kohl, Herb, *United States Senator of Wisconsin*, Disponible en: [http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/kohl\\_statement\\_05\\_19\\_09.pdf](http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/kohl_statement_05_19_09.pdf), (May 19, 2009). *Statement of U.S. Senator Herb Kohl, Senate Judiciary Committee Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights Hearing on May 19, 2009. "The Discount Pricing Consumer Protection Act: Do We Need to Restore the Ban on Vertical Price Fixing?" Last November, at the outset of the holiday shopping season, Sony announced a no-discount rule prohibiting retailers from cutting the price on a number of its most in-demand top end products, including some flat screen TVs and digital cameras. The Wall Street Journal has reported that a new business has materialized for companies that scour the internet in search of retailers selling discount products. When such bargain sellers are detected, the manufacturer is alerted so that it can demand that the discounting stop. In his dissenting opinion in Leegin, Justice Breyer estimated that if only 10% of manufacturers engaged in vertical price fixing, retail bills would average \$ 750 to \$ 1,000 dollars higher for the average family of four annually.*

consumidores. Algunos expertos *AntiTrust* sugieren que hay un estimado de 5,000 compañías que están usando las políticas de *Fijación de Precios*.

El pasado noviembre del 2008, al principio de la temporada de compras de Navidad, la compañía *Sony (Electrónicos)* anunció la norma del no descuento, prohibiéndoles a los distribuidores, recortar el precio de un número de sus productos que están siendo muy solicitados, incluyendo los televisores de pantalla plana y las cámaras digitales.

Para poder eliminar la competencia de precios bajos de los pequeños distribuidores, los grandes distribuidores están exigiéndole a los manufactureros que prohíban los precios con descuentos. Esos grandes distribuidores tienen el poder de negociar con los manufactureros, pero lo hacen en detrimento de la competencia, los competidores de descuento, y los consumidores. La principal preocupación es que cuando se le permite a los manufactureros prohibir los descuentos, los productos se consigan a precios mucho más altos.

Conjuntamente, *TOD COHEN, Vice Presidente y Deputy General Counsel, Government Relations de la Compañías Ebay*<sup>103</sup>, manifestó que *Leegin* le concedió un

---

<sup>103</sup> Cfr. United States Committee on the Judiciary, *Statement Tod Cohen, Vice Presidente y Deputy General Counsel, Government Relations, de la Compañías Ebay*, Disponible en: [http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/cohen\\_testimony\\_05\\_19\\_09.pdf](http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/cohen_testimony_05_19_09.pdf). (May 19 2009). Testimony of tod cohen, vice president and deputy general counsel, government relations, ebay before the united states senate, committee on the judiciary, subcommittee on antitrust, competition policy, and consumer rights, May 19, 2009, *CHAIRMAN KOHL, Ranking Member Hatch, and Members of the Subcommittee, I am TOD COHEN, Vice President and Deputy General Counsel for Government Relations at eBay Inc. Leegin empowers those who want to curtail the ability of small and mid-size online retailers to communicate and offer lower prices to consumers. Leegin requires that henceforth antitrust challenges to minimum resale price maintenance (RPM) or agreements that fix the minimum price at which a retailer may sell a manufacturer's products are to be analyzed applying the rule of reason versus the prior and more strict per se standard. For example, a recent report in the Wall Street Journal details how some businesses limit price competition through continually scanning the eBay platform to identify sellers offering their products at a lower price. In one case, an electronics company called CaptiveWorks used false claims of trademark violations to take down several low-priced eBay listings. When the seller asked CaptiveWorks why it was claiming that his listings were replicas when they were in fact authentic, the company made it clear that it targeted his listings because they were being sold at a lower price. In another case, Laguna Beach Jeans Company went after a seller for selling its products at a discount on eBay, saying simply that it "does not authorize eBay sales," and that selling its products at a lower price "than [it] sells on eBay" would impact its market. For these businesses, the Leegin decision has clearly been interpreted as a legal "green light" to more aggressively thwart low-price competition by legitimate sellers.*

mando a los que quieren recortar la habilidad de los distribuidores pequeños y medianos, para comunicarse y ofrecer precios más bajos a los consumidores.

Un informe reciente del *Wall Street Journal*, detalla cómo algunas empresas fijan el precio de competencia continuamente, cotejando la plataforma de *Ebay* para identificar a los distribuidores que ofrecen sus mismos productos, pero a un precio mucho más bajo.

Por ejemplo, una compañía de electrónicos llamada *CaptiveWorks* hizo unas reclamaciones falsas sobre violaciones a las marcas registradas, para derribar varias listas de precios bajos de *Ebay*. *Ebay* le preguntó a *CaptiveWorks*, el por qué estaba alegando que los listados de *Ebay* eran réplicas, cuando en realidad eran auténticos. Entonces, esa compañía dijo claramente, que era porque se sentía que sus listados estaban siendo amenazados, al *Ebay* vender sus productos a precios mucho más bajos.

En otro caso, la *Laguna Beach Jeans Company* fue tras un distribuidor por vender sus productos con descuentos en *Ebay*. Esta compañía alegó que simplemente no autorizaba dichas ventas en *Ebay*, y el vender sus productos a precios más bajos en *Ebay* de lo que se venden normalmente podría impactar al mercado. Para estos tipos de negocios, la decisión de *Leegin* ha sido interpretada como luz verde, para frustrar la competencia de precios bajos, por vendedores legítimos<sup>104</sup>.

Por otro lado, *PAMELA JONES HARBOUR*<sup>105</sup>, la *Comisionado* de la *Federal Trade Commission* dijo, que el caso de *Leegin* es contrario a la buena economía y a la

---

<sup>104</sup>Sin embargo, la profundidad de todos estos aspectos en la red, se le debe dar un tratamiento aparte que no cubre esta investigación y debe ser preparada de forma independiente en otro trabajo de tesis.

<sup>105</sup> Cfr. *HARBOUR, PAMELA*, la *Comisionado* de la *Federal Trade Commission*, Disponible en: <http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/09-05-19HarbourTestimony.pdf>. (May 19, 2009). *PAMELA JONES HARBOUR, COMMISSIONER, FEDERAL TRADE COMMISSION, Testimony before the Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, Senate, Judiciary Committee, May 19, 2009, I. INTRODUCTION: Chairman Kohl and Members of the Subcommittee. I believe this outcome is contrary to good economic and legal policy. It gives excessively short shrift to consumer preferences, which are supposed to be the driving force behind healthy, competitive markets. Post-Leegin, and absent action by Congress, consumer preferences will be subordinated to the interests of manufacturers and merchants of branded consumer goods., Rote recitations of other, supposedly unquestionable aphorisms from GTE Sylvania have been included in most of the Court's recent RPM cases, even when they did not actually apply to the pending case. Most notably, virtually every opinion, including Leegin, invokes free-riding by discounters who do not provide "necessary" additional services.*

política legal. La *Comisionado* manifestó que esta decisión le concede poca importancia a la preferencia de los consumidores, que se supone que sea la fuerza que dirige a los mercados saludables y competitivos.

Después de *Leegin*, la falta de acción del *Congreso* hace que las preferencias del consumidor sean subordinadas, a los intereses de los manufactureros y los distribuidores. Es incorrecto, someter a los consumidores a tener que enfrentarse a los precios altos de sus productos, para poder satisfacer sus necesidades diarias, y sin recibir algunos beneficios que los compensen.

Por esa razón, la *Comisionado* expresó sus preocupaciones, mediante una carta al *Tribunal Supremo* antes de emitirse la decisión de *Leegin*. En dicha misiva, se dice que la *Fijación de Precios Mínimos* es casi perjudicial a los consumidores, porque no

---

*In reality, however, none of these cases seem to have involved free-riding problems. In Leegin, for example, the plaintiff (Kay's Kloset) appeared to be an otherwise acceptable distributor in every way, except for the fact that it discounted. Ideally, and as I will discuss in further detail later in my remarks, additional scholarship would be devoted to establishing whether the underlying principles articulated in GTE Sylvania are correct or not. At the very least, the courts should not rely "on unthinking recitations of tired language that may have no relevance to competitive analysis" when analyzing RPM. Otherwise, no matter what legal standard is applied to RPM in the post-Leegin era, the courts will never get it right. In GTE Sylvania, the Court was rebelling against the Warren Court's alleged formalistic linedrawing to support liability. The current Court appears to have drawn similarly formalistic lines to short-circuit the RPM inquiry in the opposite direction and to suggest a presumption of legality. When line-drawing is devoid of substance, and labels replace rigorous analysis, the law suffers – as do consumers. B. Rule of Reason Treatment Is Insufficient To Protect Consumers, Technically, the Leegin Court did not foreclose the possibility that RPM might be anticompetitive under some circumstances. The Leegin Court noted that it intended for the lower courts to be diligent in their application of the rule of reason to weed out competitively harmful uses of RPM. But good intentions will not cure a bad rule of law. Throughout antitrust law, the rule of reason tends to be a euphemism for the absence of liability. So too with respect to RPM, the rule of reason is quickly beginning to prove itself to be incapable of sorting out the good and bad uses of RPM, and consumers will be the poorer for it. Threshold presumptions must be established to draw workable contours for rule-of-reason analysis of RPM. 1. Lack of Empirical Research The lack of empirical research regarding the effects of RPM is a further complication, especially under a rule of reason standard. There are economic theories praising RPM, and other theories condemning it, but none of these theories (on either side) are supported by any systematic body of empirical evidence. At best, we have strongly held beliefs about the effects of RPM, sometimes bordering almost on the religious. But we are missing facts, which are the building blocks of litigation. The realities of litigation dictate that when the facts are equally probative of guilt or innocence (depending on which theory is adopted to evaluate them), the outcome is heavily determined by the allocation of the ultimate burden of proof. If full-blown rule of reason analysis is applied in RPM cases, the burden of proof will be placed on the victims (or, in some cases, government enforcers working on behalf of the victims), not on the defendants who imposed the RPM policies. In other words, the burden will be borne by the consumer who paid more for the price-fixed goods. The burden will be borne by the terminated discounter who refused to go along with the fixed price. And these plaintiffs likely will lose, because they will be unable to present sufficient factual evidence that RPM has, on balance, harmed competition.*

crea incentivo alguno para los distribuidores, para que éstos sean más costosos efectivos a la hora de la entrega de los bienes y servicios.

El *Consumer Goods Pricing Act de 1975*, no requirió expresamente que la *Fijación de Precios* sea prohibida de forma *per se*, al contrario de como se hace en la doctrina del caso de *Dr. Miles*. En contraste, el *Congreso* interpretó y expresó su aprobación al análisis de las restricciones verticales *per se*, en el pasaje del *Consumer Goods Pricing Act* como una buena política pública.

Además, el *Tribunal Supremo* en el caso de *Leegin* interpretó la falta de la declaración expresa de la *ilegalidad per se* de esta Acta, como una omisión deliberada, y concluyó que el *Congreso* no tuvo la intención de que la doctrina de la *Regla Per Se* fuera aplicada. En otras palabras, varió la interpretación anterior de acuerdo al punto de vista que defiende los acuerdos de *Fijación de Precios*.

También, el *Tribunal Supremo* en el caso de *Leegin* ha citado liberalmente la opinión de *GTE Sylvania de 1977* con aprobación. Por el contrario, el caso de *GTE Sylvania* expresamente ha sostenido que el *Congreso*, sí tenía la intención de determinar que la *Fijación de Precios* fuera *ilegal per se*.

Específicamente, el *Congreso* comparó la información económica de los Estados que han permitido un comercio justo, con la información de los Estados que no lo han permitido. El *Congreso* ha concluido que la *Fijación de Precios*:

- Ha causado que los consumidores paguen un 37% de los precios más altos.
- Ha reducido los niveles de venta por puntos de ventas o centro comercial.
- Ha producido significativamente tasas más altas en los negocios que han fracasado.
- Ha provisto menos oportunidades para la entrada de nuevos productos o manufactureros.

- Ha distorsionado los incentivos de los distribuidores para proveer a los consumidores más productos de los competidores en tablillas comparables.
- Disminuyó la competencia dentro de la misma marca y entre marcas competidoras.

En resumen, la opinión negativa del *Congreso* de la *Fijación de los Precios* en 1975, no ha sido más clara. Más allá de la revocación de las leyes de justo comercio, el *Congreso* ha expresado afirmativamente su disgusto por la *Fijación de Precios*. También, ha impuesto límites en los presupuestos de las agencias federales *Antitrust*, prohibiéndoles gastar cualquier fondo para defender la revocación de la *ilegalidad per se*, de la *Fijación de Precios*.

El precedente de *Leegin* ha conducido a que los consumidores incurran en primas derivadas de la *Fijación de Precios* en estos tiempos económicos. Desde que el *Tribunal Supremo* decidió *Leegin*:

- El número de compañías que usan alguna versión de la *Fijación de Precios* han aumentado significativamente.
- El uso de terceras partes que monitorean los servicios de los manufactureros, para identificar y disciplinar los precios con descuentos se han expandido rápidamente.
- Algunos descuentos se han eliminado en los productos de alrededor de un cuarto de los suplidores.

En fin, los consumidores ignoran que están pagando primas sustanciales provenientes de la *Fijación de Precios*. No es sorprendente, que los manufactureros que imponen estas primas estén reacios a notificarles a dichos consumidores que los descuentos, ya no están disponibles. Tampoco, los distribuidores quienes apoyan y recolectan las primas, están particularmente interesados en informarle a los clientes que los precios estaban demasiado bajos anteriormente.

Luego, *STACY HAIGNEY*<sup>106</sup>, *General Attorney de Burlington Coat Factory*, expresó que los Estados concedieron exenciones en contra de la aplicación de la Decisión de 1911 de *Dr. Miles*, que prohibía la fijación de precios a nivel vertical.

Durante los años 1980, *Burlington* se encontró con numerosos incidentes donde las tiendas por departamento presionaron a sus distribuidores o detallistas, para que dejaran de venderle a *Burlington* sus productos, debido a los precios bajos que *Burlington* ofrecía a sus consumidores.

Afortunadamente para *Burlington* y sus clientes, una vez que la prohibición de *Dr. Miles* estuvo establecida, los distribuidores que tenían actitudes anticompetitivas no podían legalmente coaccionar a sus suplidores, para imponer estructuras de precios altos a través de la industria. Sin embargo después de *Leegin*, no hay forma alguna para detener los distribuidores que practican esquemas de *Fijación de Precios* cuestionables.

---

<sup>106</sup> Cfr. *Haigney, Stacy, General Attorney de Burlington Coat Factory*, Disponible en: <http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/09-05-19HaigneyTestimony.pdf>. (May 19, 2009). TESTIMONY TO THE SENATE JUDICIARY COMMITTEE BY STACY J. HAIGNEY. ESQ. *Good day, Senators. My name is STACY J. HAIGNEY, General Attorney to Burlington Coat Factory. Accordingly, during the early 1980's, Burlington Coat Factory encountered numerous incidents where department stores pressured vendors to stop selling Burlington Coat Factory because of its low prices. Fortunately for Burlington Coat Factory and its customers, those anticompetitive retailers could not legally coerce their suppliers to impose high-pricing structures throughout the industry once the Dr. Miles prohibition against resale price-fixing was back in force. However, post-Leegin. There is no practical way to stop such retailer-imposed price-fixing schemes from being put in place. I anticipate the objection that Leegin supposedly does not legalize resale price-fixing; it merely renders it subject to the "Rule of Reason."* The p. rule, by contrast, has allowed entities of modest means to gain redress merely by proving the existence of the price-fixing scheme and that it harmed plaintiff. To put it plainly: under the Rule of Reason, a modest-sized victim of price-fixing is out of court. The Leegin case not only brushes aside the time-honored doctrine of stare decisis and nearly a century of antitrust jurisprudence and expressions of congressional intent in the area of vertical restraints, it flies in the face of perhaps the most essential tenet of American antitrust law, jç, that, at least since the Soconv case, price competition is the central nervous system of a free market. What is perhaps most, astonishing about the Leegin holding is that -- since the Sylvania case of '1977 -- manufacturers have been free to contractually require their dealers and retailers to provide whatever services the manufacturer deems desirable. The Leegin court's notion that artificially-inflated retail prices might encourage a retailer to sua sponte provide services is not only illogical, it is a complete non sequitur in light of Sylvania: If a manufacturer wants its product to be sold in a certain manner, in certain surroundings and with certain services, may lawfully require every retailer to do so. Under Sylvania,, ail of this can be done lawfully without any reference to retail pricing. Putting in place such a Sylvania-endorsed distribution program does something else without price-fixing that the Leegin court thinks is important: such a program ipso facto eliminates the "free rider."

Por otra parte, la *Regla Per Se* le ha permitido a las empresas de medios modestos, obtener un resarcimiento de los tribunales, si prueban la existencia de los esquemas de *Fijación de Precios*, y cómo éstos le han hecho daño.

En contraste, bajo la *Regla de la Razón* una empresa de tamaño modesto que es víctima de la *Fijación de Precios* está fuera del tribunal, ya que el estándar de prueba que tiene que ofrecer es mucho mayor y costoso, dado a la gran cantidad de factores o elementos que tienen que probar.

Por otro lado, la *Fijación de Precios Mínimos Vertical* puede tener resultados pro competitivos. Para ilustrar, esto suele suceder en algunas circunstancias donde el distribuidor o detallista puede imponer un sobre precio y usar las ganancias extras de los precios altos artificiales, para mejorar los servicios que ofrece en conexión con las ventas del producto. Los distribuidores pueden ofrecer esos servicios, aunque el fabricante no los provea. Dichos servicios pueden continuar, siempre y cuando, el distribuidor sepa de antemano que no le van a recortar sus precios.

No conforme con esos resultados, *STACY HAIGNEY* manifiesta que los críticos alegadamente alientan a que los consumidores paguen precios artificialmente altos para promover su bienestar. En otras palabras, se fomenta el pago de precios altos ya que se incluyen beneficios adicionales que por falta de fondos no se hubieran podido ofrecer.

De igual forma, los distribuidores toman sus decisiones basados en lo que sería el mejor interés de la compañía. Si éstos ganaran un poco de dinero extra, basándose en un producto en particular, el dinero iría a un cofre de la compañía para ser aplicado como ellos mejor entiendan, ya sea como una ganancia de la compañía o un gasto necesario. Es inconcebible, que un distribuidor a parte de tener un acuerdo con un fabricante, decida dedicar la ganancia extra que obtenga, a los objetivos del negocio del mismo fabricante. Por lo tanto, describir el escenario de *Leegin* es exponer una fantasía.

En fin, la noción en que se basa el *Tribunal Supremo* en *Leegin* es acerca de que los precios inflados de los distribuidores, pueden motivar a que los distribuidores *sua sponte* (voluntariamente) provean mayores servicios. No sólo es ilógico, sino que es un completo *non sequitor*, o sea que no se deduce a la luz del precedente de *Sylvania*. Si el manufacturero quiere que el producto se venda de cierta forma, en ciertos ambientes, y con ciertos servicios, puede solicitarle a cada distribuidor que lo haga; pero, lo puede hacer sin tener que fijar los precios de los distribuidores.

#### ***IV.I. Los Sectores que quedan Concernidos: Manufactureros, Distribuidores o Detallistas y Consumidores***

##### ***A. Manufactureros:***

De acuerdo a la sentencia de *Leegin*, unos de los sectores que se verán afectados por la decisión es la manufactura. La manufactura se define como una fase de la producción económica de los bienes. Consiste en la transformación de materias primas en productos manufacturados, productos elaborados o productos terminados para su distribución y consumo. También, involucra procesos de elaboración de productos semi-manufacturados o productos semi-elaborados.

La *Fijación del Precio Mínimo de Reventa* puede estimular la competencia entre los manufactureros, que venden la misma marca del tipo de producto, reduciendo la competencia *intra-marca*. La promoción de la competencia *intra-marca* es importante, porque el propósito primordial de las leyes *Antitrust* es proteger dicho tipo de competencia.

Por un lado, el uso de las restricciones de precios verticales mediante acuerdos de *Fijación de Precios*, por un manufacturero tiende a eliminar dicha competencia de precios de la misma marca; ya que convierte a todas las empresas en precio-aceptantes y no les permite el uso de descuentos para estimular la competencia. Sin embargo, dichos acuerdos también motivan a que los distribuidores o detallistas inviertan en servicios tangibles o no tangibles, o en esfuerzos promocionales que le asistan al manufacturero en contra de sus manufactureros rivales.

Por otra parte, *Leegin* dice que la *Fijación de los Precios de Reventa* puede facilitar la creación de un *Cártel de Manufactureros*. Un cártel ilegal se dedicaría a buscar si algunos manufactureros ajenos al cártel, están reduciendo los límites de precios fijados por el cártel y si se benefician de sus precios bajos. La *Fijación de los Precios de Reventa* puede desmotivar a ese manufacturero adicional, para que no les reduzca los precios al distribuidor, con el beneficio de precios más bajos para los consumidores, pero sólo cuando le añaden servicios adicionales.

*Leegin* continúa diciendo que los acuerdos de *Fijación de Precios de Reventa* no producen daños económicos. Además, si se aplica la *Regla de la Razón* en esos tipos de acuerdos, los tribunales tendrán que ser diligentes para detectar cuándo existen dichos acuerdos, y si se eliminaron las conductas anticompetitivas del mercado.

Asimismo, cuando unos pocos manufactureros que carecen de poder de mercado adoptan esa práctica de *Fijación de Precios*, hay pocas posibilidades de que se facilite la creación de un cártel de manufactureros, ya que no tienen control ni una participación considerable en dicho mercado. Pero como quiera, sea un cártel o no, el manufacturero puede estar vigilando las actuaciones de los demás manufactureros, para ver si hubo una reducción en los precios. Lo que conllevaría a que los demás manufactureros reciban una presión de este manufacturero para que modifique sus precios.

Más aún, en la sentencia *Kay's Kloset* argumentó que los intereses de los manufactureros y los consumidores están aliados en contra de los márgenes de ganancias del distribuidor. La diferencia estriba entre el precio que un manufacturero le cobra a los distribuidores, y el precio que éstos le cobran a su vez a los consumidores usualmente debe minimizarse.

Lo cierto es que un manufacturero no tiene el incentivo de sobre compensar a los distribuidores con márgenes que sean injustificados. Los distribuidores obtendrían más ganancias mediante el uso de precios más altos. Por lo que, el manufacturero debe hacer

un balance para tratar que los distribuidores tengan los incentivos necesarios, utilizando un acuerdo de *Fijación de Precios* que conserve la competencia entre marcas.

Por el contrario, el manufacturero frecuentemente pierde cuando se reduce la competencia entre las marcas o *intermarca* y su participación en el mercado; porque los consumidores sustituirán ese producto por una marca diferente del mismo tipo producto o por un producto genérico. La posición mayoritaria manifiesta que las leyes *Antitrust* no requieren que los manufactureros produzcan bienes genéricos alternos que los consumidores no conocen.

Para neutralizar esta tendencia, un manufacturero deseará fijar un precio mínimo de reventa, pero solamente si consigue aumentar la demanda del producto. Para ello, debe ofrecer un incremento de los servicios, que hará más que compensar el impacto negativo que tiene que tolerar la demanda de un precio más alto.

Sin embargo, *Kay's Kloset* manifiesta que un manufacturero toma muchas decisiones, y puede llevar a cabo una acción concertada que puede conducir a precios mucho más altos. Sin embargo, un manufacturero puede por ejemplo, suscribir un contrato con diferentes suplidores para obtener una mejor producción que optimice la calidad del producto. También, puede contratar a una agencia de publicidad para promover dichos productos. Nadie pensaría que esas acciones violarían la *Ley Sherman*, pero como quiera conducen a precios mucho más altos.

Además, el manufacturero que aspira a mejorar la calidad del producto o a promover su marca, mediante inversiones adicionales, y porque cree que su conducta conducirá a aumentar la demanda de dicho producto, lo hace sin importar que se produzcan precios más altos. Lo mismo es cierto para la *Fijación del Precio de Reventa*.

De la misma forma, el manufacturero dominante o el distribuidor pueden abusar de los acuerdos de *Fijación del Precio de Reventa* utilizándolos para propósitos anticompetitivos, especialmente cuando cualquiera de los dos tiene un poder de mercado. Sin embargo, si su propio distribuidor carece del poder de mercado, el

manufacturero es probable que venda sus productos, a través otros distribuidores rivales mucho más poderosos.

Además, existe menos probabilidad de que el manufacturero use la práctica de *Fijación de Precios*, para mantener a los competidores fuera de los tiendas de distribución de ese mercado en particular. Esto quiere decir, que ese manufacturero no le va a impedir a otros distribuidores la entrada al mercado. Tampoco, el acuerdo va a impedir que ese mismo manufacturero acceda a otras redes de distribución, si cree que necesita más distribuidores para vender sus productos a los consumidores.

Por su parte, un manufacturero con poder de mercado puede usar la *Fijación del Precio de Reventa* para ofrecer incentivos con varios propósitos. Por ejemplo, un manufacturero puede ofrecerles a sus distribuidores un incentivo, y así no tener que ofrecerle sus productos a los pequeños rivales o los nuevos entrantes.

Por el contrario, un manufacturero también tiene discreción para protestar en contra de los acuerdos de *Fijación de Precios* que son inducidos por los mismos distribuidores ineficientes, porque pueden perjudicar su posición competitiva. En otras palabras, el manufacturero, no tiene que mantener vigente dicho acuerdo, si no le conviene, porque las actuaciones de los distribuidores no son cónsonas con lo esperado.

De la misma forma, el manufacturero tiene un número legítimo de opciones para alcanzar beneficios similares, a aquellos provistos por la *Fijación de Precios Verticales*. Esto quiere decir que no necesariamente tiene que suscribir dichos acuerdos de precios, para conseguir beneficios. El manufactuero puede por ejemplo sugerir, en vez de fijar un precio mínimo, y ejercitar el derecho que le provee el caso de *Colgate* para rehusarse a negociar con los distribuidores que no sigan los precios sugeridos.

Inclusive, el fallo de *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corporation (1984)* aclaró que bajo *Colgate*, el manufacturero puede anunciar sus precios de reventa por anticipado, y rehusarse a negociar con quienes no cumplan con éstos. De la misma

forma, el distribuidor es libre para someterse a las peticiones del manufacturero para evitar la terminación de su contrato.

De igual forma, un manufacturero puede rehusarse a discutir su política de precios con sus distribuidores, excepto cuando haya tenido una asesoría de las complejidades sutiles de la ley. Dicho de otra forma, el manufacturero se puede reservar el derecho de tener que divulgar información que considere confidencial a sus distribuidores, excepto en los casos en los que está muy seguro, porque ha investigado las repercusiones de dichos acuerdos.

No obstante, cuando se utilizan los precios sugeridos el manufacturero se arriesga a enfrentarse con un problema en un juicio, ya que el jurado puede interpretar esa política unilateral, como un acuerdo vertical, sujeto a que se penalice y que se triplique los daños alegados, sin descartar una posterior potencial responsabilidad criminal.

Asimismo, los distribuidores que han sido establecidos por mucho tiempo pueden terminar siendo acusados por violaciones menores al usar la *Fijación de Precios*, y sin tener una explicación.

De todas formas, el aumento de los costos que estos acuerdos generan pueden fluir hacia los consumidores en la forma de precios altos. Pero, dependiendo del tipo de producto que venda un manufacturero, se puede alcanzar beneficios pro competitivos consistentes en servicios adicionales, que van directamente a los consumidores.

### ***B. Distribuidores o Detallistas***

Los *Distribuidores o Detallistas* es otro sector que se contempla en el caso de *Leegin*. El distribuidor o detallista se conoce como la persona o empresa comercial en un régimen autónomo que vende los productos al consumidor final. Es el último eslabón del canal de distribución que está en contacto con el mercado. Además, los distribuidores son capaces de influir en las ventas y en los resultados finales de los

artículos que comercializan. Su rol es muy importante, porque puede alterar, frenar o potenciar, las acciones de mercadeo de los manufactureros.

La sentencia de *Leegin* dice que la *Fijación del Precio de Reventa* puede aumentar la competencia entre marcas, motivando a que aumenten la oferta de servicios del distribuidor que no habían sido son provistos anteriormente. Pero, se exponen a que haya un aprovechamiento o (*Free Rider*) en el mercado de otros distribuidores oportunistas, que están ofreciendo precios más bajos, sin que hayan tenido que invertir en los servicios ofrecidos por el distribuidor original.

Puede ser difícil e ineficiente para un manufacturero entrar en un contrato con un distribuidor; teniendo que especificar con anticipación los diferentes servicios que ese distribuidor debe proveer. Pero, si el manufacturero le ofrece al distribuidor un margen garantizado, y lo amenaza con resolverle el contrato, si no cumple con las expectativas antes mencionadas; se podría expandir la participación del mercado de dicho manufacturero de una forma más eficiente, porque este distribuidor estaría distinguiéndose de los demás, cuando ofrece a los consumidores mayores alternativas de servicios innovadores.

Los acuerdos de *Fijación de Precios Verticales* prohíben el uso de los descuentos, e impiden que los servicios adicionales que ofrecen los distribuidores del manufacturero, y que realzan la competencia entre las marcas puedan ser reducidos. Esto crea una disminución de la competencia de los precios promoviendo, a los distribuidores compitan entre ellos mismos por esos servicios. Si no hubiera un acuerdo de *Fijación de Precios*, los distribuidores del manufacturero con tal de ofrecer precios mucho más bajos, optarían por eliminar dichos servicios adicionales.

Inclusive, los distribuidores que utilizan descuentos pueden aprovecharse de las oportunidades que crean los distribuidores del manufacturero que tienen los acuerdos de *Fijación de Precios* y que sólo se dedican a suministrar servicios. Como resultado, esos nuevos distribuidores terminan capturando una porción del aumento en la demanda que los servicios de los distribuidores del manufacturero generan. Por el contrario, con la

disminución de la competencia de precios, los distribuidores del manufacturero no se tienen que preocuparse por otros competidores que quieran entrar en su mercado, para vender esos mismos productos de marca, porque los precios de los productos van a ser similares.

En otras palabras, los acuerdos de *Fijación de los Precios de Reventa* puede aumentar la competencia entre marcas, facilitando la entrada en el mercado de nuevas empresas. Al ser los precios prácticamente iguales, los distribuidores no tienen una tensión adicional a la hora de vender sus productos.

También, la competencia entre marcas tiene el potencial de desviar a los consumidores, hacia los sustitutos de marcas de precios bajos, y eliminar las ganancias de los distribuidores que surjan de los acuerdos de precios fijos de una sola marca en particular. Esto quiere decir, que los consumidores para ahorrar su dinero van a buscar marcas genéricas, perjudicando las ganancias de los distribuidores de una marca en específico.

Por otro lado, se puede dar el caso que nuevos manufactureros pueden usar los acuerdos de *Fijación de Precios* también, para inducir a sus distribuidores competentes y agresivos, a que hagan algún tipo de inversión de capital y empleo, que frecuentemente se requiere en la distribución de los productos conocidos por el consumidor.

Asimismo, puede haber una inversión en nuevos productos y marcas que son esenciales en la economía *dinámica*, y si los mercados pueden ser penetrados *usando la Fijación de los Precios de Reventa*, entonces esto es un efecto pro competitivo.

Por el contrario, los opositores manifiestan que los acuerdos de *Fijación de Precios Verticales* pueden ser utilizados para organizar *Cárteles a Nivel de Distribuidores*. Esto significa que un grupo de distribuidores pueden unirse colusivamente, para fijar los precios de los consumidores y obligar al manufacturero a que lo asista con otro arreglo ilegal de *Fijación de Precio de Venta*. En ese caso, el

manufacturero no establece alguna práctica para estimular los servicios o promover su marca, pero como quiera le concede altas ganancias a los distribuidores ineficientes. Los distribuidores con mejores sistemas de distribución y estructuras de costos bajos, estarían impedidos de cobrar los precios bajos que deseen, ya que existe un acuerdo colusivo.

Ambos, ya sea un manufacturero o un distribuidor poderoso pueden abusar de los acuerdos de *Fijación de Precios de Reventa*. Un manufacturero dominante puede llevar a cabo este acuerdo con sus distribuidores subiendo y bajando los precios para evitar que otros competidores entren en ese mercado. Asimismo, un distribuidor dominante por ejemplo, puede solicitar este tipo de acuerdo para impedir la innovación en la distribución de los costos, controlando los precios que se le van a ofrecer a los consumidores. Para detectar, si las actuaciones de ambos son incorrectas depende de muchos factores que hay que evaluar para así determinar cómo se afecta el mercado.

### **C. Consumidores:**

Por último, la sentencia de *Leegin* toma en consideración otro sector importante conocido como el consumidor. Un consumidor es una persona u organización que demanda bienes o servicios proporcionados por el manufacturero, productor, distribuidor o detallista de bienes o servicios. Es decir, es un agente económico con una serie de necesidades y deseos que cuenta con una renta disponible, con la que puede satisfacerlos, a través de los mecanismos de mercado. Es por tanto, el actor final de diversas transacciones productivas.

En la sentencia de *Leegin*, se manifiesta que los acuerdos de *Fijación de Precios de Reventa*, tienen el potencial de ofrecerle a los consumidores, más alternativas para que puedan escoger entre las siguientes clasificaciones: precios bajos, marcas de bajo servicio; precios altos, marcas de altos servicios, y marcas que caen entre ambas clasificaciones.

Mediante dichos acuerdos, los consumidores aprenderán acerca de los beneficios del producto que ofrece un manufacturero; a través de un distribuidor que invierte en buenas exposiciones, ofrece demostraciones, o contrata y adiestra empleados. Por lo tanto, los consumidores pueden comprar este producto, porque lo ven ubicado en un establecimiento de un distribuidor, que tiene una reputación de vender mercancía de alta calidad.

Por el contrario, si el consumidor compra el producto de un distribuidor que hace descuentos, es porque éste no ha invertido capital alguno para proveer dichos servicios o desarrollar una reputación de calidad. En otras palabras, este distribuidor no ha llevado a cabo un esfuerzo adicional, por ofrecerle al consumidor servicios adicionales que fomentan su reputación como una de gran calidad.

Desafortunadamente, el distribuidor de los altos servicios de calidad podría perder sus ventas, porque el distribuidor que hace el descuento atraerá a los consumidores; y forzará a que éste recorte dichos altos servicios a un nivel menor al que los consumidores prefieren, para poder mantenerse compitiendo en el mercado. Por lo que, los consumidores podrían sufrir las consecuencias de esta estrategia de distribución de descuentos, ya que pudieran estar perdiendo servicios de alta calidad que complementan la adquisición de sus productos favoritos.

#### ***D. Conclusiones y Análisis:***

El fallo del Tribunal Supremo de *Estados Unidos* del caso de *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, Dba Kay's Klosets, Kay's Shoes, 2007 S.Ct. 1835892 (U.S.)* fue muy cerrado.

De acuerdo al *Juez Bryer*, la *Sherman Act* busca mantener un mercado que sea libre de prácticas anticompetitivas, en particular aquellas que sean ejercidas mediante acuerdos colusivos de *Fijación de Precios Vertical*, entre las empresas privadas. Esta ley entiende que un mercado libre de restricciones privadas traerá precios más bajos,

mejores productos, procesos de producción más eficientes, más lo que los consumidores desean.

A veces las consecuencias probablemente anticompetitivas de una práctica en particular, son tan serias y las justificaciones potenciales son tan pocas o difíciles de probar, que los tribunales se han apartado de una aplicación de la *Regla de la Razón* que sea pura y han tenido que recurrir a la *Regla Per Se*. Esta aplicación le instruye a los tribunales inferiores que cataloguen una práctica anticompetitiva como ilegal todo el tiempo.

No obstante, lo sostenido por el *Juez Bryer* los acuerdos de *Fijación de Precios* pueden aportar muchos beneficios potenciales. Dichos acuerdos pueden proveer beneficios importantes a los manufactureros, distribuidores y consumidores. Existen varios beneficios que se deben destacar tales como: se facilita la nueva entrada de un nuevo manufacturero; se estimula la competencia *intra-marca* y *entre marcas*; y la fijación de precios aumenta los esfuerzos del manufacturero para vender un producto, por conducto de sus distribuidores trayendo beneficios adicionales a los consumidores.

Un nuevo manufacturero que desee entrar al mercado para promocionar el nombre de su producto, puede convencer a sus distribuidores a que le ayuden, pero sólo si el nuevo manufacturero puede asegurarle a esos distribuidores, que éstos van a recuperar su inversión original con un acuerdo de *Fijación del Precio de Reventa*.

Los acuerdos de *Fijación de Precios* pueden asegurarles a esos distribuidores del manufacturero, que no va a haber una reducción posterior en el precio competitivo. Por lo que, dichos acuerdos pueden motivarlos a que carguen su nuevo producto, colaborando con el manufacturero, para que éste prevalezca en el mercado. Como resultado, aumenta la competencia a nivel de las marcas del manufacturero, debido al esfuerzo de venta que han hecho sus propios distribuidores.

Sin embargo, en ocasiones, el uso de los acuerdos de *Fijaciones de Precios Verticales*, por un manufacturero tiende a eliminar la competencia *intra-marca* o de la

misma marca, porque los precios son similares. Esto motiva, a que los distribuidores con miras a asistir al manufacturero, inviertan en servicios tangibles o no tangibles, o en esfuerzos promocionales que los distinguan de sus manufactureros rivales.

Lo cierto es que un manufacturero no tiene el incentivo de sobre compensar a los distribuidores, con altos márgenes, porque éstos están autorizados a utilizar precios altos e injustificados. Si se hiciera de esa forma, los distribuidores tendrían muchas más ganancias con esos precios más altos que los mismos manufactureros. Por lo que, el manufacturero debe hacer un balance para tratar que los distribuidores tengan los incentivos necesarios para vender su producto, utilizando un acuerdo de *Fijación de Precios* que al mismo tiempo conserve la competencia intra-marcas.

No obstante, un acuerdo alegadamente colusivo para fijar un precio alto, sea cual sea el motivo por el cual se adopta, aunque se pueda interpretar como un comportamiento negativo; por el contrario, puede resultar en una actuación empresarial, a través de la cual la industria descubre el precio mínimo, por el que la producción pueda llevarse a cabo con éxito, que será a su vez de agrado a los consumidores. En otras palabras, es el propio proceso de *competencia dinámica*, el que revela qué precio es demasiado alto y que precio es demasiado bajo, para ser ofrecido a los consumidores.

Por otro lado, el manufacturero frecuentemente tiene pérdidas cuando se reduce la competencia entre marca o sea entre diferentes marcas, así como su participación en el mercado; debido a que los consumidores sustituirán ese producto por una marca diferente del mismo tipo de producto que la promueven otros manufactureros o distribuidores distintos.

Para contrarestar esas pérdidas, el manufacturero deseará suscribir un acuerdo de *Fijación de un Precio Mínimo de Reventa* con sus distribuidores, solamente si es posible aumentar la demanda de su producto. Para ello, el manufacturero deberá incrementar los servicios que tiene disponible para ofrecerle a los consumidores. De esa manera, logrará compensar el impacto negativo que afectará la demanda de los productos, cuando se

tiene que ofrecer un precio más alto a los consumidores que incluye esos nuevos servicios adicionales.

Puede ser difícil e ineficiente para un manufacturero entrar en un contrato con un distribuidor, especificando con anticipación los diferentes servicios que ese distribuidor debe proveer; debido a la posible resistencia que éste pueda ejercer en allanarse a esos requerimientos.

Pero, si se ofrece al distribuidor un margen garantizado, y se amenaza con resolverle el contrato, si no cumple con las expectativas antes mencionadas; se podría expandir la participación del mercado del manufacturero vendiendo una mayor cantidad de productos de forma más eficiente, ya que este distribuidor estaría diferenciándose de los demás, porque le ofrece a los consumidores mayores alternativas de servicios innovadores.

Esto quiere decir que un manufacturero puede ejercitar el derecho que le provee el caso de *Colgate* para rehusarse a negociar con los distribuidores que no sigan los precios sugeridos. Inclusive, el fallo de *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corporation (1984)* aclaró que bajo *Colgate*, el manufacturero puede anunciar sus precios de reventa por anticipado, y rehusarse a negociar con quienes no cumplan con éstos. Además, un distribuidor o detallista es libre para someterse a las peticiones del manufacturero para evitar la terminación de su contrato.

La *Fijación del Precio Mínimo de Reventa* por un manufacturero realmente no tiende a eliminar la competencia de precios intra-marca o de la misma marca; aunque se pueda interpretar que todas las empresas son precio-aceptantes y que no se les permite el uso de descuentos para estimular la competencia.

Más bien, los distribuidores que suscriben dicho acuerdo no se tienen que preocupar por el aprovechamiento (*Free Rider*) de otros distribuidores, que no han llevado a cabo ciertas inversiones para ofrecer servicios adicionales, tales como la

promoción del producto del manufacturero u otros servicios tangibles o no tangibles, que le asistan al manufacturero en contra de sus manufactureros rivales.

Dicho de otra forma, los acuerdos de *Fijación de Precios* fomentan a que los distribuidores se esfuercen en ofrecerles mayores servicios a los consumidores, para que éstos continúen seleccionando al manufacturero que suscribe dicho acuerdo.

Por otra parte, los acuerdos de *Fijación de Precios Verticales* cuando incluyen entre sus cláusulas la prohibición del uso de los descuentos; impiden que se reduzcan los servicios adicionales que los distribuidores del manufacturero deben proveer, realizando la competencia entre las marcas también; desviando a los consumidores de la compra de los productos genéricos. Como resultado, se crea una disminución de la competencia de los precios, promoviendo que estos distribuidores compitan entre ellos mismos por esos servicios. Si no hubiera un acuerdo de *Fijación de Precios*, los distribuidores del manufacturero con tal de ofrecer diferentes precios mucho más bajos, optarían por eliminar dichos servicios adicionales.

Además, en algunas circunstancias, el distribuidor puede imponer su propio sobre precio y usar las ganancias extras de los precios altos artificiales, para mejorar los servicios que ofrece en conexión con las ventas del producto. Los distribuidores pueden ofrecer esos servicios, aunque el manufacturero no los provea inicialmente. Dichos servicios pueden continuar siendo ofrecidos, siempre y cuando, el distribuidor sepa de antemano que no le van a recortar sus propios precios.

*JAMES A. WILSON en Representación de la American Bar Association o ABA*, expuso, en la audiencia del 12 de mayo de 2009, presidida por el Honorable *Senador Herb Kohl, et al*, su apoyo para que los manufactureros aumenten los precios. Para ello, sólo necesitan aumentar los precios acordados con los distribuidores, como un incentivo más, sin limitar los precios a los que éstos puedan revender sus productos.

Inclusive, es posible que el impacto de la sentencia de *Leegin* no sea tan negativo, en los distribuidores pequeños que venden productos de marca, como en los

manufactureros que producen esos mismos productos de marca. Esto ocurre debido a que los manufactureros, son quienes tendrán que incurrir en mayores inversiones, para poder mantener sus productos en las tablillas de esos distribuidores. Por lo que, los manufactureros serán más selectivos con los canales de distribución, y con el nivel de servicio que es provisto en esas tiendas pequeñas.

Los grandes distribuidores no sentirán algún impacto negativo, porque venden una gran cantidad de productos genéricos al igual que los de marca. Otro punto a su favor, es el gran poder de negociación individual que sostienen con sus manufactureros debido a su tamaño masivo. Esto quiere decir que aunque un manufacturero le exija a sus grandes distribuidores, un aumento en los precios de los productos y que ofrezcan ciertos servicios adicionales, éstos tienen diferentes alternativas que ofrecerle a los múltiples consumidores, consistentes en productos que sean de marca, así como genéricos.

Otro beneficio del uso de los acuerdos de *Fijación de Precios* según el economista *LEANDRO ZIPITRÍA*, es que éstos aumentan los esfuerzos del manufacturero para vender su producto. Por ejemplo, un manufacturero puede concluir que sólo puede prevalecer en el mercado, si sus distribuidores proveen ciertos tipos de servicios, tales como: demostraciones de sus productos, asesoramiento al cliente sobre sus características, funcionalidades, tiendas de alta calidad, promoción que crea cierta imagen del producto, etc.

Mediante los acuerdos de *Fijación de Precios*, los consumidores aprenderán acerca de los beneficios del producto de un manufacturero, a través de un distribuidor que invierte en buenas exposiciones, ofrece demostraciones de los productos, o contrata y adiestra empleados. Los consumidores pueden comprar dicho producto, porque ellos lo ven ubicado en un establecimiento de un distribuidor, que tiene una reputación por vender mercancía de alta calidad.

En la sentencia de *Leegin*, se manifiesta que los acuerdos de *Fijación de los Precios de Reventa*, tiene el potencial de ofrecerle a los consumidores, más alternativas

para que puedan escoger entre las siguientes clasificaciones: precios bajos, marcas de bajo servicio; precios altos, marcas de altos servicios, y marcas que caen entre ambas clasificaciones.

Por el contrario, si el consumidor compra el producto de un distribuidor que hace descuentos, es porque éste no ha invertido capital alguno para proveer dichos servicios o desarrollar una reputación de calidad.

En otras palabras, si no existe un acuerdo de *Fijación de Precio de Reventa* entre manufactureros y sus distribuidores, los otros distribuidores que están ajenos a ese acuerdo, pueden aprovecharse de la inversión que los primeros hagan, para proveer los mismos servicios adicionales a un precio más bajo. Además, ese nuevo distribuidor tendría un doble ahorro, ya que no está obligado a invertir fondos en dichos servicios, y al mismo tiempo puede recortar los precios de sus productos para así atraer a los consumidores, provocando un aumento en sus propias ventas. Esto quiere decir, que los distribuidores no desearán invertir en servicios que ya no consideran necesarios, ni obligatorios debido a que no están estipulados en un acuerdo de *Fijación de Precios de Reventas*.

Los acuerdos de *Fijación de Precios* en ausencia de un aprovechamiento de las oportunidades de ventas por otros distribuidores ajenos a dicho convenio, puede ser la manera más eficiente de expandir las acciones del mercado del manufacturero, ya que induce a sus propios distribuidores a que tengan un mejor rendimiento, cuando provee servicios valiosos, tales como ayuda al cliente. Este acuerdo se lleva a cabo bajo la propia iniciativa y experiencia de sus distribuidores, y sin temer que otros distribuidores adicionales se aprovechen de sus inversiones iniciales.

Desafortunadamente, el distribuidor original que provee servicios de alta calidad se expone a perder sus ventas ante otro distribuidor que hace descuentos, ya que éste atraerá a los consumidores mediante el uso de precios bajos; y forzará a que el distribuidor original recorte dichos altos servicios a un nivel menor, cercano al que los consumidores prefieren, para poder mantenerse en el mercado competitivo. Por lo que,

los consumidores al mismo tiempo podrían sufrir las consecuencias de esta estrategia de distribución de descuentos, ya que estarían perdiendo servicios de alta calidad que complementan la adquisición de sus productos favoritos.

Por su parte, cuando unos pocos fabricantes que carecen del poder de mercado, adoptan la práctica de los acuerdos de *Fijación de Precios* con sus distribuidores, hay pocas posibilidades de que se facilite la creación de un *Cártel de Fabricantes*. Los fabricantes que operan de forma independiente, cuando suscriben ese tipo de acuerdo con sus distribuidores, no van a temer que otros fabricantes o distribuidores se aprovechen de los precios y los servicios que éstos ofrecen, ya que sus propios acuerdos le estarán generando las ganancias deseadas. Por lo que, no tienen interés en unirse en forma de *Cárteles de Fabricantes*.

De igual forma, ambos, ya sea un fabricante o un distribuidor poderoso pueden abusar de los acuerdos de *Fijación de Precios de Reventa*. Un fabricante dominante puede llevar a cabo este acuerdo con sus distribuidores subiendo y bajando los precios, para evitar que otros competidores entren en ese mercado. Asimismo, un distribuidor dominante por ejemplo, puede solicitar este tipo de acuerdo para impedir la innovación en la distribución de los costos, controlando los precios que se le van a ofrecer a los consumidores.

Esta situación del fabricante y el distribuidor que le permite alzar y disminuir los precios puede ocurrir, pero sin la intención de evitar la entrada de otros competidores y la innovación, como parte de las acciones competitivas para conseguir el precio de equilibrio, que le conviene según el mercado al que pertenezca. Por eso, las prohibiciones de la legislación *Antitrust*, en contra de dichos acuerdos y los *cárteles* lucen ser en ocasiones especulativas.

*KIRZNER* nos aclara este asunto, cuando sostiene que no se debe exigir una política *Antitrust* en razón del tamaño o poder de mercado<sup>107</sup>, como por ejemplo la

---

<sup>107</sup> Cfr. *KIRZNER*, I.M. “*Los Objetivos de la Política Antitrust: Una Crítica*”. Traducción de Eva Rosa Muñío Isac. *Revisión de Jesús Huerta de Soto*. Pag. 72. (Diciembre 1998). Por supuesto, es cierto que la propiedad de los recursos productivos (o de los fondos de capital que permiten dicha propiedad) confiere

prohibición de que las empresas no deben organizarse en forma *cárteles*. Verdaderamente, el tamaño de una empresa y el tamaño de sus recursos de capital, así como los acuerdos de *Fijación de Precios*, no son los que producen daños a las empresas manufactureras o distribuidoras que no están incorporadas en dichos acuerdos.

No necesariamente, porque la empresa luzca ser poderosa, automáticamente debe vedarse su operación. De igual forma, los intentos de control de las empresas poderosas que aparentan ser anticompetitivos, son en sí mismos acciones competitivas, puesto que se realizan estando sometidos a la competencia. No se llevan a cabo ignorando por completo la legislación actual, ni las leyes del mercado.

Todo lo contrario, es la misma política *Anti-Trust* mediante el uso de la *Regla Per se*, quien se ha encargado de crear las fronteras que resultan al mismo tiempo, en lesiones al progreso económico, porque con su legislación no permite que otras empresas puedan entrar a competir en el mercado.

La legislación *Antitrust* es la que dicta las pautas para las empresas manufactureras o distribuidoras con respecto a los acuerdos de *Fijación de Precios*. Dicha legislación determina lo que las empresas están autorizadas a hacer, sin tomar en consideración, las consecuencias que tiene con la competencia, y los consumidores.

Irónicamente, esa misma política *Antitrust* es esencialmente anticompetitiva, porque no le permite a las empresas hacer acuerdos para conseguir la información que sea suficiente, y que les diga cuál es el precio adecuado para adquirir un cierto margen de ganancia.

---

un cierto poder económico. En la medida en que la distribución de esa propiedad sea desigual (lo que, de hecho, es casi inevitable en un sistema de libre empresa), el poder económico sobre la asignación de los recursos (y, por tanto, sobre las ganancias a recoger como resultado de un servicio eficiente a los consumidores) estará desigualmente repartido entre los participantes en el mercado. Por consiguiente, a menos que uno se proponga utilizar la política antitrust (o, como a menudo se denomina en Europa, la política de la competencia) como una herramienta redistributiva para alcanzar la igualdad económica entre los ciudadanos, resulta extraño exigir dicha política en razón, simplemente, del tamaño, puesto que el tamaño de una empresa (y el tamaño de sus recursos de capital) no obstruye las propiedades de eficiencia que ofrece la libertad de entrada competitiva (y la amenaza de dicha entrada). Llegado este punto, es conveniente detenerse en el análisis de ciertos aspectos de la entrada competitiva que, a menudo, se pasan por alto.

Por eso, el principal criterio para el análisis de la *Fijación de Precios* sobre la competencia; no ha de ser la ausencia de poder de mercado de las empresas, sino el efecto restrictivo que tiene sobre el comportamiento de las empresas instaladas y las potenciales entrantes.

Las empresas manufactureras o distribuidoras sólo podrán continuar operando en la medida en que compitan con éxito, enfrentándose a la competencia potencial de las otras empresas manufactureras o distribuidoras que estén tentadas a entrar en su industria. Además, se verán forzadas en cada gestión a atender a los consumidores en los términos que dicte la competencia, por temor y como anticipación a las acciones de los demás, disminuyendo o aumentando sus precios para contrarrestar dicha competencia.

Por ese motivo, para enfrentarse a la competencia potencial, las empresas suscriben acuerdos de *Fijación de Precios*. A la hora de evaluar dichos acuerdos, los economistas *WILLIAM S. COMANOR Y FREDERIC M. SCHERER*, dicen que la *fuerza* o la *procedencia* de los acuerdos de la *Fijación de Precios* es un punto a considerar significativo, para determinar los estándares de *Antitrust* apropiados, ya sea para aplicar la *Regla Per se* o la *Regla de la Razón*. Por eso, el enfoque apropiado deber ser el de echar *un rápido vistazo* o un *“quick look”* para luego determinar cuál de las dos reglas le aplica a ese caso.

Dicho de otro modo, la evidencia demuestra que los acuerdos de *Fijación de Precios*, ya sean inducidos por los manufactureros o por los distribuidores, deben conducir a la presunción de que una *violación per se*, es controvertible, basado en la presentación de evidencia contradictoria, y creíble de su procedencia e intenciones. Para ello, se puede utilizar como método la *Regla de la Razón*.

Además, la evidencia empírica bajo las leyes de *Fair Trade* y la aplicación de la *Doctrina de Colgate*, no apoya la aplicación de la *Regla Per Se*. También, un estudio conducido por la *Federal Trade Commission* no encontró fundamento alguno, para concluir que los acuerdos de *Fijación de Precios* son siempre anticompetitivos.

Indistintamente, la “*National Association of Manufacturer*”, ha señalado que la decisión de *Leegin*, no presenta una autorización para los acuerdos de *Fijación de Precios*. Por el contrario, este precedente promueve mucha litigación por parte de los manufactureros, que deberán probar que los acuerdos *Fijación de Precios Mínimos* produce en sus productos individuales, un ambiente más competitivo para sus ventas.

En resumen, para detectar, si las actuaciones de los manufactureros y los distribuidores que suscriben acuerdos de *Fijación de Precios* son incorrectas, depende de muchos factores que hay que evaluar, incluyendo cómo se afecta el mercado. Por ese motivo, el tipo de reglamentación que está más a tono con esos factores es la *Regla de la Razón*, ya que promueve una flexibilidad que permite evaluar todas las circunstancias históricas, la naturaleza y el efecto que produce el acuerdo, en cada caso por separado.

Al cotejar todos estos conceptos podemos percibir que mediante el uso de la *Regla de la Razón* en el caso de *Leegin*, supone un cambio en el propio concepto de competencia subyacente. La *Regla de la Razón* se va imponiendo en *Estados Unidos* mediante un abandono de la *per se* a ultranza.

Se ha determinado que el uso de la *Regla de la Razón* para evaluar los acuerdos de precios y la organización en forma de *cárteles*, ya está siendo aceptado en otras jurisdicciones, tales como la *Unión Europea* y *España*.

Dicho de otro modo, este cambio aproxima el *Derecho Norteamericano al Europeo* que siempre se asentó en la *Regla de la Razón*. Este ordenamiento europeo puede servir de ejemplo a seguir, a la hora de aplicar la *Regla de la Razón*, sosteniendo que lo que no se acepta, es que con estos acuerdos existe la posibilidad eliminar la entrada total de la competencia.

En los próximos capítulos se explicarán sobre los ordenamientos europeos: su historia, legislación y jurisprudencia, así como los pormenores de ambos ordenamientos, para comprender su funcionamiento; y posteriormente proceder a involucrar la aplicación de sus fundamentos más importantes en la jurisdicción norteamericana.



## **CAPÍTULO V**

### **La Fijación de Precios en el Mercado de la Unión Europea**

#### **A. Historia de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (C.E.C.A.):**

Los *Estados Miembros* se definen como los países que pertenecen a una organización internacional. Los *Estados Miembros* tienen como misión contribuir a la expansión económica, al desarrollo de empleos, y a la elevación del nivel de vida. A partir del 1 de mayo del 2004, los *Estados Miembros de la Unión Europea* se componen de los siguientes países: *Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, y Suecia.*

Anteriormente, estuvo vigente el *Tratado del Carbón y el Acero* en adelante, (C.E.C.A), también conocido como “*Tratado de París de 1951*. Éste fue firmado el 18 de abril de 1951, por los países de *Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, y Luxemburgo*; entrando en vigor el 23 de julio de 1952. Dicho tratado fue el primer cuerpo normativo comunitario en contener normas relacionadas con la protección de la *Libre Competencia*<sup>108</sup>.

El concepto de la *Libre Competencia* está basado fundamentalmente en la libertad de elección, tanto del consumidor como de las empresas, entiéndase las manufactureras y distribuidoras. En otras palabras, le permite al consumidor escoger los productos que desee, y a las empresas seleccionar su estrategia competitiva de precios.

Además, la libre competencia genera varios incentivos para que las empresas se esmeren en obtener alguna ventaja competitiva sobre las otras; mediante la reducción de sus costos de producción y la superioridad técnica o innovación. Esto resulta en un

---

<sup>108</sup> *Libre Competencia*, Disponible en: <http://www.derecho.com/c/Libre+competencia>. (2014).

aumento de la eficiencia de las empresas, para producir un incremento en la calidad del producto que se ofrece; y al mismo tiempo estas procuran una disminución de los precios de los productos que permita que una mayor cantidad de consumidores tengan acceso a éstos en el mercado de que se trate.

Para lograr estos objetivos, se prevé una serie de prohibiciones entre las que se destacan las siguientes:

- a) Medidas o prácticas que establezcan discriminación entre manufactureros, distribuidores o consumidores, especialmente en lo que se refiere a precios, entregas o tarifas de transporte.
- b) Medidas o prácticas que dificulten al comprador la libre selección de su distribuidor.
- c) Prácticas restrictivas orientadas a la distribución o explotación de mercados.

El párrafo i del Artículo 60 prohíbe en materia de precios lo siguiente:

- d) Las prácticas de concurrencia desleal o competencia desleal. O sea toda práctica comercial que no respeta las reglas de juego del mercado fijadas, por las leyes o establecidas por los usos y costumbres comerciales.
- e) Las prácticas discriminatorias que supongan la aplicación por un vendedor de condiciones desiguales o transacciones comparables, especialmente de acuerdo a la nacionalidad de los compradores.

De igual forma, son nulos de pleno derecho de acuerdo al Art. 65, los acuerdos entre empresas, decisiones de asociación de empresas, y prácticas concertadas tendentes, directa o indirectamente, a impedir, restringir o falsear el juego normal de la concurrencia, y en particular los siguientes:

- a) A fijar o determinar los precios.
- b) A restringir o controlar la producción, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) A distribuir mercados, productos, clientes o fuentes de aprovisionamiento.

Sin embargo, la Alta Autoridad o el organismo rector de la *CECA*, puede permitir los acuerdos antes mencionados, para determinados productos, acuerdos de especialización o de compra o venta en común, especialmente:

- a) Cuando contribuyan a una mejora notable en la producción o distribución.
- b) Que sean esenciales para obtener estos efectos, y no alcancen un carácter más restrictivo de lo que sea indispensable.
- c) Que no le concedan a las empresas interesadas el poder de determinar los precios, controlar o limitar la producción, o sustraer los productos a la concurrencia efectiva de otras empresas.

Dichas autorizaciones se conceden con determinadas condiciones y por un período limitado. Pueden ser renovadas, modificadas o revocadas, según lo aconsejen las circunstancias.

Para asegurar el respeto de las normas, orientaciones y principios anteriormente mencionados, la Alta Autoridad puede imponer multas, suspender prácticas y derechos, provocar el nombramiento de administradores legales, organizar ventas forzadas, y anular los actos, decisiones, y resoluciones de los órganos dirigentes de las empresas

sometidas a los acuerdos de *Fijación de Precios*, cuando ejerzan un control irregularmente establecido.

Además, a la Alta Autoridad le corresponde poner a las concentraciones en condición de presentar sus propias observaciones. Las *concentraciones económicas* son el grado en que un número relativamente pequeño de agentes económicos o empresas ejercen el dominio, control o dirección de la actividad económica. En otro sentido, esto significa que unas pocas empresas controlan o participan de una proporción significativa del mercado, del empleo o de una industria en particular, etc. Dichas actuaciones son parecidas a los *cárteles*.

Una vez es evaluado el posible acuerdo de *concentración* se puede ordenar la desconcentración de las empresas, la separación de los activos indebidamente reunidos, o la supresión del control común. También, se puede tomar cualquier otra decisión que se estime apropiada para restablecer la explotación independiente de las empresas o de los activos en cuestión; y poder restaurar las condiciones normales de competencia. Como por ejemplo, se puede someter a los mismos *Estados Miembros* las recomendaciones que sean necesarias en el cuadro de las legislaciones nacionales, para poder llevar a cabo la ejecución de las medidas previstas.

### **Comunidad Económica Europea:**

La *Comunidad Económica Europea (CEE)* era una organización internacional creada, por algunos países europeos, con la finalidad de crear un mercado común. Los Estados signatarios fueron los siguientes países: *Alemania (para ese entonces, sólo la República Federal Alemana, no la República Democrática Alemana)*, los tres países del *Benelux (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo)*, *Francia, e Italia*.

En el 1957, estos mismos países firmaron el *Tratado de la Comunidad Europea*, también conocido como *Tratado EC o el Tratado de Roma*. Dicho tratado era de aplicación general. Sus prohibiciones respecto a los acuerdos restrictivos y los abusos de posición dominante, se hicieron extensivos a todos los sectores de la economía.

Los *abusos de posición dominante*, se refieren a las empresas que ocupan una posición de ventaja en un mercado determinado, y que pueden restringir la competencia. Aunque una posición dominante no necesariamente significa que la empresa ubicada en dicha posición es anticompetencia; sin embargo, dicha situación crea el potencial para que una empresa poderosa pueda eliminar a sus competidoras. Por lo que, se dice que *abusa* en el mercado de las demás.

Algunas de las normas sobre protección de la competencia en la *Comunidad Europea* son las siguientes:

- Controlar las acciones de los grandes conglomerados económicos, evitando que puedan abusar de su poder monopólico, o su posición dominante en el mercado comunitario.
- Racionalizar la producción, mejorar la distribución, y favorecer la adaptación al progreso tecnológico, de manera que las empresas europeas aumenten su competitividad.

Por otro lado, el 23 de noviembre de 1962 se aprobó otro decreto por el *Consejo de Ministros*. El Artículo 10 de dicho decreto encomienda al *Ministro de Comercio*<sup>109</sup> la elaboración de las normas que sean necesarias para la defensa de la competencia, previa determinación de las prácticas comerciales restrictivas, y los abusos de las posiciones de dominio en el mercado. Estas normas están conformes a los criterios usuales, contenidos en las legislaciones de los países de la *Organización de Cooperación y Desarrollo Económico u OCDE*.

La *Organización de Cooperación y Desarrollo Económico* es una organización de cooperación internacional, compuesta por 34 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Fue fundada en 1960, y su sede central se encuentra ubicada en el *Château de la Muette*, o el *Palacio Mudo o del Silencio*, ubicado en la ciudad de *París (Francia)*.

---

<sup>109</sup> Cf. BOUTHELIER, ANTONIO, *Ordenaciones Legales Antimonopolio*, Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=10&IDN=818&IDA=29974>. (1963).

Posteriormente, el *Tratado de la Comunidad Europea o Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957* creó en su *Tercera Parte, Título Primero, Capítulo Primero*, el *Mercado Común Europeo*. En dicho tratado se establece la reglamentación de la competencia, distribuyendo los Artículos 85 al 94, en tres secciones que regulan respectivamente las normas aplicables a las empresas, a las prácticas de “*dumping*”, entre otras.

El “*dumping*” o deshacer se refiere a los acuerdos de *Fijación de Precios Predatorios*. En particular, el *dumping* se define como la práctica en donde una empresa establece un precio inferior a los costos de producción de los bienes exportados, para competir con el país hacia donde se importan esos bienes, sacando de la competitividad a la empresa local de dicho país.

Del mismo modo, los Artículos 85 y 86 disponen que serán incompatibles con el mercado común, y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre las empresas, las asociaciones entre ellas, y toda clase de prácticas acordadas que sean susceptibles de afectar al comercio entre los *Estados Miembros*. Además, se prohíben aquellas prácticas que tengan por objeto o como efecto, impedir, restringir o falsear el desarrollo de la competencia dentro del mercado común; y que una o varias empresas exploten de manera abusiva una situación predominante en el mercado común o una parte sustancial del mismo. Especialmente aquellos actos que tengan por objeto:

- a) Fijar de manera directa o indirecta los precios de compra o de venta, u otras condiciones de transacción.
- b) Limitar o controlar la producción, los mercados, el desarrollo técnico, o las inversiones.
- c) Aplicar con respecto a socios comerciales, condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, ocasionando una desventaja a la competencia.
- d) Subordinar la firma de los contratos, a la aceptación por parte de los socios de prestaciones suplementarias, las cuales por su naturaleza o según los usos comerciales, no tenga relación con el objeto de dichos contratos.

No obstante lo anteriormente expuesto, podrá ser declarada inaplicable dichas prohibiciones:

- a) A todo acuerdo o sistema de acuerdos entre empresas.
- b) A toda decisión o categoría de decisiones que impliquen asociaciones de empresas.
- c) A toda práctica comercial concertada o sistema de prácticas que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos; o a estimular el progreso técnico o económico, reservando a los que lo emplean una parte equitativa del beneficio resultante. Sin imponer a las empresas interesadas, restricciones que no sean indispensables para alcanzar estos objetivos, ni conceder a dichas empresas, la posibilidad en lo que se refiere, de tener una parte sustancial de los productos afectados de eliminar la competencia.

Los artículos 85 y 86, no tienen aplicación cuando las prácticas restrictivas produzcan su efecto exclusivamente, en el ámbito de alguno de los *Estados Miembros*, tales como, *Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, y Luxemburgo*, o en las relaciones de uno de los *Estados Miembros* con Estados que sean terceros ajenos a la Comunidad.

#### ***B. Desarrollo del Artículo 86 del Tratado de Roma:***

La evolución económica a fines de los años sesenta obligó a una evolución de la interpretación y aplicación del Artículo 86. De acuerdo al nuevo enfoque, no sólo debía ser una disposición sancionadora de conductas abusivas, sino que además podía servir como un mecanismo de control de las estructuras de mercado. De manera, que pudiese ser un instrumento jurídico, habilitado para poder sancionar el resultado perjudicial, producido por las concentraciones y los monopolios.

En el Artículo 86, el abuso se define como un acto que vulnera el orden constitucional del mercado común. Entendiéndose que existe tal vulneración, cuando la

desaparición de una empresa competidora, reduce el número de oferentes por debajo del requerido, para mantener el adecuado funcionamiento de un mercado competitivo. Dicho de otra forma, al eliminarse esa empresa se reduce una cantidad de oferta considerable que se tiene disponible para ser vendida al consumidor.

Para aplicar los propósitos del Artículo 86, el legislador comunitario creó un sistema de control de conductas que permitió mediar dos intereses contrapuestos: el deseo de preservar la libre competencia, frente a las prácticas restrictivas de las empresas de cierta envergadura; y el interés político-económico de fomentar la formación de grandes conglomerados empresariales.

De esta forma, el legislador comunitario consagró el vacío normativo para el supuesto de la concentración de las empresas, frente a la obtención de una posición de dominio en el mercado; sancionando solamente el ejercicio *abusivo* de tal posición de dominio.

En otras palabras, la tendencia es conformar un sistema de competencia que permita conciliar los efectos positivos y benéficos de las concentraciones, con el control de los efectos negativos que en determinado momento entraña la concentración, tanto en el orden concurrencial como en la propia funcionalidad democrática del sistema político.

Subsiguientemente, este criterio de aplicación del Artículo 86 se fue consolidando de tal forma que se convirtió en el único instrumento jurídico que permitió por años, controlar el proceso de concentraciones en *Europa*. Sólo se autorizaba aquellas que no suponían un peligro para el mantenimiento de una “*Competencia Efectiva*” en el mercado común.

La *Competencia Efectiva* es esa participación competitiva entre agentes económicos en un mercado, a fin de servir una porción determinada del mismo, mediante el mejoramiento de la oferta en calidad, precio y en beneficio del consumidor.

Por otro lado, la *Unión Europea* tiene como organismo ejecutivo a la *Comisión Europea*, en adelante Comisión. La Comisión está encargada de proponer la legislación, de aplicar las decisiones, la defensa de los tratados de la Unión y del día a día de la *Unión Europea*.

Por otro lado, en el denominado “*Informe Schlieder de 1967*”, la *Comisión* aclaró la postura que había sustentado en el “*Memorandum de 1965*”, acerca de la no aplicación de la normativa del Artículo 86 en los procesos de concentración. Señaló que en relación a lo que denominó como “*Concentraciones Agresivas*”, y que procedía la aplicación del Artículo 86, cuando un competidor es obligado a fusionarse bajo la amenaza de una competencia ruinosa, o cuando se abre una oferta pública de compra de acciones.

Luego en 1973, se presentó el primer caso donde les correspondía a las instituciones comunitarias, entiéndase *la Comisión y el Tribunal de Justicia* pronunciarse sobre la aplicabilidad del Artículo 86, respecto a una operación de concentración. Había que evaluar, si ésta podría constituir en sí misma una conducta “*abusiva*”. Ese fue el caso de *Continental Can del 21 de febrero de 1973, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o TJCE*.

De acuerdo al fallo de *Continental Can*, el abuso penalizado por el Artículo 86 no debe sólo buscarse en la conducta empresarial, sino en el resultado perjudicial producido en las estructuras de mercado o el estado de un mercado con respecto a los ofertantes y los demandantes del mismo; y en la posibilidad o imposibilidad de mantener la “*Competencia Efectiva*” que postula el sistema europeo.

Bajo esta nueva orientación, en la aplicación del Artículo 86, la relación de causalidad pierde importancia entre la posición dominante que se detenta y el abuso. En ciertos casos, la posición dominante en sí misma puede ser considerada “*abusiva*”, si genera efectos contrarios a la competencia.

A partir de este fallo, puede sostenerse que la aplicabilidad del Artículo 86, no sólo es posible cuando la empresa dominante causa mediante su conducta un perjuicio directo, o inmediato a los manufactureros o consumidores, sino también cuando el perjuicio se produce de forma indirecta, mediante una operación de concentración o monopolización. Esto se puede apreciar, al quedar afectada la estructura del mercado y el mantenimiento de una “*Competencia Efectiva*”.

Por tanto, conforme con la interpretación y aplicación práctica que se le ha dado al Artículo 86 del Tratado, dicha norma contiene dos hipótesis de conductas sancionables. La primera consiste en el “*Abuso de Posición Dominante*” o los abusos constitutivos de las conductas propiamente de la posición de dominio, y en segundo lugar lo que los “*Abusos de Estructura*”.

La fuente de ilegalidad en las dos hipótesis difiere sustancialmente. En el primer caso, se trata de un abuso del comportamiento donde el carácter abusivo emana de elementos intrínsecos de la acción de la empresa, que excesivamente explota su posición de dominio en el mercado. Mientras que en la segunda hipótesis, el abuso no se deriva del comportamiento propiamente de la empresa, sino de los efectos nocivos o restrictivos que la estructura preponderante de la empresa produce en el mismo mercado.

### ***C. Artículo 81 del Tratado de Roma***

Los *Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma* continuaron enmendándose hasta convertirse en los *Artículos 81 y 82*<sup>110</sup>, respectivamente. La *Unión Europea* para velar por la justa competencia en el mercado, utilizaba la legislación del *Artículo 81 del Tratado de Roma*.

---

<sup>110</sup> *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Niza) - Tercera parte: Políticas de la Comunidad - Título VI: Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones - Capítulo I: Normas sobre competencia - Sección I: Disposiciones aplicables a las empresas - Artículo 81 - Artículo 85 - Tratado CE (versión consolidada Maastricht) - Artículo 85 - Tratado CEE, Diario Oficial n° C 325 de 24/12/2002 p. 0064 – 0065, Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12002E081:ES:HTML>.*

El Artículo 81 prohíbe explícitamente los acuerdos y las prácticas concertadas. Los “*acuerdos*” pueden tomar la forma de un “*contrato común*” por escrito o bien pueden ser acuerdos entre caballeros, consensuales, informales, y no escritos. Conjuntamente, las “*prácticas concertadas*” provienen del concepto de conspiración. O sea, provienen de una tentativa de comportarse de una manera concertada u oculta con más de una persona.

En ese caso, dichas prácticas pueden no tomar la forma de un “*contrato común*” y por lo tanto, se pueden deducir del comportamiento de las empresas, sin que exista una prueba material o por escrito de una reunión entre las empresas, o que demuestre la concertación de un determinado comportamiento.

Además, el Artículo 81 señala que serán incompatibles con el mercado común, y quedarán prohibidos todos los acuerdos 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. Los más importantes que se deben destacar son los siguientes:

- a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta, u otras condiciones de transacción.
- b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales, para adquirir prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza, o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Igual que en el Artículo 86, las disposiciones podrán ser declaradas inaplicables a cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a

mejorar la producción o la distribución de los productos, o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios, una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables, para alcanzar sus objetivos.
- Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia, respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

#### ***D. Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea***

El *Tratado de Roma* se ha enmendado en varias ocasiones y se ha conocido como como, el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea o TCCEE* y el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o TCCE*. Finalmente, el 1 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor de las disposiciones contenidas en el *Tratado de Lisboa*, que le permitió tener a la *Unión Europea* personalidad jurídica propia, para firmar acuerdos internacionales a nivel comunitario; el *Tratado de Roma* se ha modificado una vez más, adoptando el nombre de *Tratado de Funcionamiento de la Unión o TFUE*.

Esto significa que, los *Artículos 81 y 82 del Tratado de Roma* continuaron enmendándose, hasta convertirse en los *Artículos 101 y 102 del TFUE* respectivamente. El *Artículo 101*<sup>111</sup> dispone que serán incompatibles con el mercado interior, y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de las 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 interior, y en particular, los que consistan en los siguientes:

---

<sup>111</sup>*Artículo 101 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Publicado en el DOUE núm. C. 83, de 30 de marzo de 2010. Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/ttce.p3t7.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ttce.p3t7.html).

- 1) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta, u otras condiciones de transacción.
- 2) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.
- 3) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.
- 4) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales, para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.
- 5) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que por su naturaleza, o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Los acuerdos o decisions que están prohibidos por el presente artículo, serán nulos de pleno derecho. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a lo siguiente:

- 1) Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;
- 2) Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
- 3) Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos; o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
  - Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos.
  - Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia, respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

### ***E. .Noción de Comercio entre Estados Miembros***

Particularmente, el *Estado* es el ente encargado de limitar el poder del mercado monopolista, mediante la legislación antimonopolio, elaborando las leyes, y reglamentaciones que son destinadas a fomentar la competencia en la economía.

Además, prohíbe todo lo que la restrinja o es probable que restrinja la competencia, limitando las estructuras de mercado que aún están permitidas. Para ello, suele realizar distintas prohibiciones entre las cuales se encuentran:

- Los acuerdos sobre fijación de precios, u otras estrategias de mercado similares.
- La conducta paralela que es un tipo de colusión implícita, en la que una empresa imita sistemáticamente las acciones de la otra, y desemboca en una actitud oligopolística.
- Las prácticas depredadoras de fijación de precios que tienen el objeto de llevar a la quiebra a los competidores, y disuadir la entrada al mercado a quienes estén considerando esa posibilidad, con el fin de poder disfrutar de un mayor poder de mercado.
- La creación de barreras de entrada aunque sean legales, como las patentes, licencias, copyrights.
- La creación de barreras tradicionales como las economías de escala, los altos costos fijos.
- La creación de barreras tales como, la costumbre de crear un compromiso por parte de los consumidores con una empresa rechazando a las demás, o mediante el control de un elemento imprescindible para la producción, como por ejemplo los insumos.

**F. Comisión Europea:**

La *Comisión Europea*<sup>112</sup> es el poder ejecutivo de la *Unión Europea*. Es la encargada de controlar el comportamiento de las empresas para que no infrinjan las leyes de competencia.

Dada la situación de que sí las infrinjan, es la única con la potestad para conducir a las empresas acusadas ante los Tribunales. Por lo que, está encargada de evaluar las presuntas infracciones y proponer las medidas que sean adecuadas para terminar dicha infracción.

Inclusive, posee iniciativa legislativa exclusiva en materia de competencia. Es decir, es la única con la atribución para proponer una normativa que posteriormente, deberá ser aprobada por el *Parlamento y el Consejo Europeo o Consejo*.

El *Parlamento Europeo* se compone de diputados elegidos directamente por los votantes de la *Unión Europea o UE*, cada cinco años, para representar a los ciudadanos. Las funciones principales del *Parlamento Europeo* son:

- Debatir y aprobar junto con el *Consejo*, la legislación de la *Unión Europea*.
- Controlar otras instituciones de la *Unión Europea*, en especial a la *Comisión*, para garantizar su funcionamiento democrático.
- Debatir y adoptar junto con el *Consejo*, el presupuesto de la *Unión Europea*.

Mientras que el *Consejo Europeo* es otra institución de la *Unión Europea*, en la que sus dirigentes se reúnen unas cuatro veces al año, para debatir las prioridades políticas de la *Unión Europea*.

---

<sup>112</sup> *Comisión Europea*, Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/>. (2014).

De igual forma, el *Parlamento* es una de las principales instituciones legisladoras de la *Unión Europea*, junto con el *Consejo de la Unión Europea* (“*el Consejo de la UE*”)<sup>113</sup>. El Consejo también conocido informalmente como el *Consejo de la UE*, es el foro donde se reúnen los ministros de los países de la *Unión Europea*, para adoptar la legislación y coordinar sus políticas.

### **Multas:**

Las disposiciones contenidas 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*, continúan en vigor en todo lo relacionado a las diferentes multas que podrían recibir las empresas, cuando incumplen con la normativa sobre competencia.

La *Comisión Europea o Comisión*<sup>114</sup> podrá imponerle a las empresas y asociaciones de empresas, multas de hasta un 10 % del volumen de negocios total realizado, cuando cometan una infracción<sup>115</sup> de las disposiciones de los Artículos 101 o 102 del *TFUE*, (81 u 82) del *Tratado de Roma*; cuando contravengan una decisión del Tribunal que ordene *medidas provisionales o medidas cautelares* hasta que se dicte sentencia judicial; o cuando no respeten un compromiso hecho obligatorio por una decisión de la *Comisión*.

<sup>113</sup>*Unión Europea*, Disponible en: [http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/council-eu/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/council-eu/index_es.htm). (2014).

<sup>114</sup> Cfr. DE MIGUEL, BERNARDO, *Bruselas Crea Una División Para Combatir los Cáteles*, Bruselas, (15 de marzo de 2005), Bruselas. Un ejemplo de la imposición de multas se puede apreciar con las multas que le fueron impuestas al millonario Bill Gates. Bill Gates es el cofundador de la empresa Microsoft, la empresa que ha recibido la mayor multa impuesta por las Autoridades Europeas de la Competencia, ascendiente a 497 millones de euros en el 2006. En lo que se refiere a los cárteles, la Comisión impuso multas por un importe total de 1,800 millones de euros aproximadamente, por cárteles ilícitos en los sectores de los agentes blanqueadores, vidrios acrílicos, betún para recubrimiento de carreteras, empalmes de cobre, y los cauchos sintéticos. Otros ejemplos de productos en los que los consumidores europeos han pagado más caro de lo debido son, los detergentes, adhesivos, agujas, alfileres, lienzos, tubos de cobre, y hasta la carne de ternera. Indistintamente, Bruselas ha castigado los cárteles descubiertos en esos sectores con multas por un valor total de 568 millones de euros.

<sup>115</sup> *Council Regulation/2003, del 16 de diciembre de 2002*, Diario Oficial n° L 01 de 04/01/2003 p. 0001 – 0025, Disponible en: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2003/l\\_001/l\\_00120030104es00010025.pdf](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2003/l_001/l_00120030104es00010025.pdf).

Cuando la multa se imponga a una asociación de empresas y ésta es insolvente, la *Comisión* podrá exigir el pago a cada una de las empresas que eran miembros de la asociación en el momento de la infracción. La responsabilidad financiera de cada empresa, no podrá exceder del 10 % de su volumen de negocios total realizado durante el *ejercicio social anterior* o *ejercicio económico precedente*.

Para determinar el importe de la multa, la *Comisión* tendrá en cuenta la gravedad y la duración de la infracción. En otras palabras, se tomará en consideración aspectos como la intención, la cantidad de tiempo en que duró la acción prohibida, quiénes estuvieron envueltos, los daños causados, etc.

De igual forma, la *Sentencia del 7 de junio de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comisión*, nos dice que para determinar el concepto de “*ejercicio económico precedente*”, la *Comisión* debe apreciar en cada caso el *efecto* que se pretenda alcanzar sobre la empresa. Esto quiere decir, que se debe determinar cómo se va a penalizar la empresa, cuál va a ser el volumen de negocios, y el período de tiempo que va a ser considerado para ello.

Específicamente, para determinar la penalidad se debe tener en cuenta el volumen de negocios que refleje la situación económica real de ésta, durante el período en que se cometió la infracción. Asimismo, el *Tribunal de Primera Instancia* reseña que para el cálculo del límite máximo de la multa, la *Comisión* dispone de datos, no sólo del volumen de negocios del último ejercicio anterior a la fecha de adopción de la decisión, sino que estos datos se refieren a un ejercicio completo de “*actividad económica normal*”, durante un período de doce meses.

Por consiguiente, cuando la empresa no ha realizado ningún volumen de negocios durante el ejercicio anterior a la fecha de adopción de la decisión de la *Comisión*, ésta última está facultada para tomar como referencia otro ejercicio económico, para evaluar correctamente los recursos económicos de dicha empresa, y garantizar que la multa tenga suficiente carácter disuasorio.

En la *Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Las Comunidades Europeas o TPICE, T-330/01* del 27 de septiembre de 2006, la *Comisión* puede estimar que la infracción cometida debía considerarse *muy grave* con arreglo a las *Directrices*, y por lo tanto, debe variar sus cantidades. En otras palabras, estas *Directrices* disponen que la *Comisión* puede fijar un importe de partida superior a los 20 millones de euros.

Mucho más aún, para distribuir mejor el importe de la multa, la *Comisión* puede clasificar a los miembros del *cártel* en categorías, con arreglo a su peso específico en el mercado, y a la necesidad de garantizar que el nivel de la multa fuera disuasorio.

Sin embargo, la *Comisión* fijó el importe de las multas tomando en consideración, el efecto disuasorio, el volúmen de negocios anterior, el tamaño de las empresas, su posición en el mercado, la capacidad económica para memoscabar la competencia, el uso de un coeficiente multiplicador, y sus circunstancias particulares. También, hizo reducciones a las empresas que cooperaron con la investigación del caso. Pero, hizo aumentos en las multas a las empresas que actuaron como líder en el marco de la práctica colusoria. En otras palabras, la *Comisión* no tiene que adherirse a lo que diga las *Directrices* de forma automática; puede hacer un análisis basado en las circunstancias particulares de cada caso, para imponer la multa que considere lo suficientemente disuasoria.

También, la *Comisión* podrá imponer a las empresas y asociaciones de empresas, multas coercitivas o el tipo de multa que se reitera por plazos determinados si no se paga. Estas multas pueden ser de hasta un 5 % del volumen de negocios diario medio realizado durante el ejercicio social anterior, por cada día que se hayan retrasado; a partir de la fecha fijada en su decisión para poner fin a una infracción. Igualmente, se le puede imponer a las empresas dicha multa para que obedezcan una decisión que le impute medidas provisionales, y un compromiso hecho obligatorio.

Sin embargo, el poder de la *Comisión* de imponer multas o multas coercitivas no es absoluto. Dichas multas tienen un plazo de prescripción de tres o cinco años, en función de la infracción cometida. La prescripción se comenzará a contar a partir del día

en que la infracción fue cometida; y se interrumpirá por cualquier acto de la *Comisión*, o de una *Autoridad de Competencia de un Estado Miembro*. Además, la prescripción se suspenderá cuando la decisión de la *Comisión*, sea objeto de un procedimiento pendiente ante el *Tribunal de Justicia*.

De igual forma, la ejecución de las multas tiene un término de prescripción de cinco años. Esto quiere decir, que la *Comisión*, o la *Autoridad de Competencia* de un *Estado Miembro* tiene cinco años para hacer cumplir las multas. Si pasa ese término en vano, se entenderá como una condonación de dicha multa.

Además, el *Artículo 260* del *TFUE* dispone que la *Comisión* puede presentar un recurso, ante el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, para que declare que un *Estado Miembro* ha incumplido con una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados. Dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas que sean necesarias para la ejecución de la sentencia que eventualmente expida el *Tribunal*. En otras palabras, la *Comisión* puede acudir en auxilio de la jurisdicción al *Tribunal*, para hacer valer una sentencia que un *Estado Miembro*, no tiene la intención de cumplir.

Entonces, si la *Comisión* estimare que el *Estado Miembro* afectado, no ha adoptado las medidas que son necesarias para la ejecución de la sentencia del *Tribunal*; podrá también volver a someter el asunto al *Tribunal*, después de haberle ofrecido a dicho Estado, la posibilidad de presentar sus observaciones. Esto quiere decir, que se le concede a dicho *Estado Miembro*, la oportunidad de presentar evidencia y alegaciones a su favor, para justificar su incumplimiento.

Por el contrario, si el *Estado Miembro* no aprovecha la oportunidad de presentar evidencia que le fue ofrecida, la *Comisión* indicará el importe de la suma a tanto alzado. A *tanto alzado* significa una prestación económica no periódica, que se paga de una sola vez, por las contingencias y situaciones de necesidad determinadas reglamentariamente.

También, se le puede imponer una multa coercitiva que debe ser pagada por dicho *Estado Miembro* afectado, y que se considere adaptado a las circunstancias de su

caso en particular. Luego, si el *Tribunal* declara que el *Estado Miembro* en efecto ha incumplido con su sentencia, podrá imponerle el pago de cualquiera de esos tipos de multa.

Dicho de otra forma, si el *Estado Miembro* no repara la situación del incumplimiento con la sentencia, procederá la *Comisión* a recomendar el importe de la multa que sea fijada, para que el *Tribunal* le imponga la misma, una vez ésta pruebe el alegado incumplimiento.

Por otro lado, la *Comisión* puede presentar un recurso ante el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, por considerar que el *Estado Miembro* afectado, ha incumplido con su obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva. Unas medidas nacionales de transposición se entiende, como uno o varios textos que aprueba oficialmente un *Estado Miembro*, para incorporar lo dispuesto en una directiva, a su propio ordenamiento jurídico. Dicha medida es adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo.

De manera que, la *Comisión* ante la falta de notificación podrá si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado, y que considere adaptado a las circunstancias particulares de su caso. Finalmente, si el *Tribunal* comprueba la existencia de dicho incumplimiento, podrá imponer al *Estado Miembro* afectado, el pago de la multa dentro del límite del importe indicado por la *Comisión*. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el *Tribunal* en la sentencia.

Desde el 1 de mayo de 2004, la *Unión Europea* a través de la *Comisión* ha venido penalizando a un total de 11 *cárteles* empresariales. La *Comisión* considera que la clave del impulso a este tipo de investigaciones estriba, en la creciente descentralización de la política de competencia o la transferencia del poder de un gobierno central, hacia autoridades que no están jerárquicamente subordinadas.

En otras palabras, el gobierno varió su política de competencia proveyendo alternativas como la inmunidad; y delegó las funciones fiscalizadoras a las *Autoridades de Competencia de los Estados Miembros* y a la *Comisión*, consistentes en investigar y penalizar los acuerdos colusorios. Por lo tanto, cinco de las once investigaciones corrieron a cargo de las *Autoridades Nacionales de los Estados Miembros*. Además, se ofreció inmunidad en sustitución de las multas para motivar a las empresas a que pudieran comunicar su participación en algún *cártel*.

### ***La Política De Indulgencia o “Leniency”***

En la *Unión Europea* se aplica la *Política de Indulgencia* a la hora de resolver casos que envuelven acuerdos colusorios. La *Política de Indulgencia* consiste en recompensar a aquellas empresas que formando parte de un *cártel*, informen a la *Comisión Europea* de la existencia de éste. Para ello, la *Comisión* dispone de un número de teléfono especial, que le permite a estas empresas admitir su participación en dicho *cártel*.

Inclusive, la notificación a la *Comisión* o “*Comisión Notice*” ofrece como recompensa, inmunidad<sup>116</sup> o protección en contra de la autoincriminación con relación a todas las multas que le puedan imponer, a toda empresa que colabore con la *Comisión* en el descubrimiento de un *cártel*, siempre y cuando divulge su participación en el alegado *cártel*.

Para conseguir dicha inmunidad, tal empresa debe ser la primera en someter información y evidencia, que desde el punto de vista de la *Comisión*, le va a permitir llevar a cabo una inspección en conexión con el alegado *cártel*, o encontrar una infracción del *Artículo 101 (81) del Tratado de Roma*. Una posterior colaboración con la *Comisión*, también se gratifica con reducciones en las multas. El sistema es el siguiente:

---

<sup>116</sup>RIVERA GARCÍA, IGNACIO, *Inmunidad*, Diccionario de Términos Jurídicos, p. 130. 3ra Edición. (2000).

- Si la empresa no es la primera en denunciar el cártel, la reducción es del 50% en la multa.
- Si la empresa coopera con la *Comisión* reconociendo su culpabilidad, la reducción es del 10% en la multa.
- Si una vez abierta la investigación, la empresa provee información suplementaria, se reduce de entre el 20%-30% en la multa.

Dicha política ha sido de gran éxito en la *Unión Europea*, hasta tal punto, que la mayoría de las investigaciones sobre *cárteles* se deben a colaboraciones, a través de la indulgencia.



## **CAPÍTULO VI**

### **ENFOQUE DE LA COMISIÓN EUROPEA PARA TRATAR LAS RESTRICCIONES VERTICALES**

Anteriormente, el enfoque que tradicionalmente aplicaba la *Comisión Europea*, a las restricciones verticales de la competencia, incluyendo la *Fijación de Precios Mínimos*, se basaba implícitamente en tres principios. El primero es que toda restricción vertical disminuye, impide o falsea la competencia en el mercado. El segundo dispone que la competencia *intermarca* sólo en cuestión de grado, es de diferente importancia que la competencia *intramarca*. Por último, no cabe esperar efectos que sean compensatorios entre la competencia *intermarca*, y la competencia intramarca en un mismo mercado.

La competencia *intermarca* es la competencia que en calidades o precios, tiene lugar entre dos o más marcas de un mismo tipo de producto. Mientras, que la *intramarca* se conoce como la competencia entre distribuidores de la misma marca.

Posteriormente, la *Comisión* decidió aplicar el *Art. 81.1 del Tratado de Roma* sin discriminar sustantivamente entre todas las clases de restricciones, ya fueran horizontales o verticales. En otras palabras, la *Comisión* aplicaba automáticamente la prohibición del *Art. 81.1*, cuando existía la *Fijación de Precios*, aunque pudiera proceder la aplicación de la regla de *minimis*.

Los *minimis* se conocen como algo que no es lo suficientemente importante, como para que la leyes le presten atención. Sin embargo, en la *Unión Europea* se entiende como aquella que es compatible con el *mercado único*, y que por consiguiente, están exentos de tener que notificarle a la *Comisión*, los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas estatales que tengan que ver con restricciones verticales. En ocasiones, se le concede ayudas estatales a las restricciones verticales, siempre y cuando aporten a la economía del país de que se trate.

No obstante, si el caso estaba fuera de la aplicación de los *minimis*, y tampoco se daban las circunstancias de la aplicación automática de la prohibición del Art. 81.1, entonces le podría corresponder a la *Comisión* hacer un análisis individualizado de la alegada conducta, orientado a establecer si la misma se había ajustado a las normas, prescindiendo de estudiar el impacto real o potencial que tenía la conducta examinada sobre la competencia.

Este modo de proceder, condujo a la necesidad de adoptar exenciones por categorías. Las exenciones se definen como un privilegio para eximirse de algún cargo u obligación. Mientras, que la categoría se define como cada uno de los grupos básicos en los que puede incluirse o clasificarse todo conocimiento.

De esa forma, nacieron los primeros reglamentos de esta naturaleza, una buena parte de los cuales estuvieron dedicados a las modalidades verticales de relación entre las empresas, tales como, la distribución exclusiva, compra exclusiva o distribución y servicio de venta, y la postventa de vehículos como los automóviles.

Luego, la *Comisión* a mediados de la década de los 90, se dio cuenta de ciertas circunstancias que cuestionaban la validez del enfoque tradicional. Algunas de las circunstancias más relevantes que pueden identificarse como factores de la crisis son las siguientes: (a) *Inseguridad Jurídica*; (b) *Presión Académica*.

El factor de la *Inseguridad Jurídica* se detectó cuando las conductas anticompetitivas se tenían que atender caso a caso, ya que no había un sistema uniforme de reglamentación para su evaluación. Lo que ocasionó un creciente malestar en las empresas, y en el sector de la abogacía que se dedica a resolver los casos de competencia.

Más aún, la *Comisión* constató que el análisis individualizado de los casos que se impuso en el enfoque tradicional *está colapsando sus equipos de trabajo*. Esto sucedió debido a que su carácter básicamente, no discriminatorio entre las conductas horizontales y verticales, está arrojando a la *Comisión* un número creciente de casos susceptibles de sanción o de autorización.

Otro factor decisivo de la crisis fue la *Presión Académica*. A lo largo de la década de los ochenta, se fue imponiendo la visión de que las restricciones horizontales y verticales son desiguales. Se diferencian no sólo en el grado de gravedad del daño, sino también en el signo o indicador de que dichos acuerdos están presentes. Es decir, se abrió paso a la idea de que un acuerdo entre las empresas competidoras que están situadas en la misma fase del proceso de producción o comercialización (acuerdo horizontal), es generalmente más dañino para la competencia, que un acuerdo que varias empresas competidoras puedan alcanzar entre sí, situadas en fases distintas del proceso (acuerdo vertical).

El razonamiento en ese momento consistió en que un acuerdo vertical entre dos empresas que operan en una misma marca de cierto tipo de producto, fabricando una y distribuyendo la otra, no podría tener efectos apreciables sobre la competencia en el mercado, siempre que existan en el mismo mercado varias marcas del mismo tipo de ese producto.

En otras palabras, la competencia entre las diferentes marcas o *competencia intermarca* será la determinante, sobre los efectos que dichos acuerdos verticales tendrán en la competencia; y no la hipotética merma de la competencia dentro de la marca en cuestión o *competencia intramarca*; a que supuestamente hubiera dado lugar el acuerdo entre la productora y la comercializadora del producto de esa misma marca.

De acuerdo a cuán intensa es la competencia *intermarca* en el mercado para cualquier tipo de producto; ciertas restricciones verticales a la competencia dentro de cada marca, podrían arrojar efectos positivos sobre la competencia relacionada a ese producto. Incluso, el consenso decía que cuanto más agresiva fuera la competencia entre las diferentes marcas, más posibilidades habría de que los efectos positivos de las restricciones verticales sobre la competencia y la eficiencia económica en general, superasen a los efectos anticompetitivos.

Entre los efectos que son pro competencia de las restricciones verticales, los economistas distinguieron los siguientes: (a) los ahorros obtenidos por la mayor

integración de los mercados que estas restricciones propician; (b) los ahorros que genera la reducción de los costos de operación a que estas restricciones pueden conducir, y (c) la reducción de los costos de información en el mercado que origina la uniformidad propiciada por ciertos acuerdos dentro de cada marca.

Por lo tanto, la *Unión Europea* tomó en consideración los efectos positivos que tienen los acuerdos verticales hacia la competencia, y utilizó un enfoque diferente que llevó a la creación de varios reglamentos donde promueven exenciones y tratamientos especializados para dichos acuerdos verticales. Según *JULIO PASCUAL Y VICENTE*<sup>117</sup>, este nuevo enfoque se compone de dos importantes textos en el ámbito general. El primero es el *Reglamento de la Comisión de Exención por Categorías para las Restricciones Verticales de 22 de diciembre de 1999*, y el segundo es la *Comunicación de la Comisión sobre “Directrices Relativas a las Restricciones Verticales”, publicada el 13 de octubre de 2000*<sup>118</sup>.

### ***Reglamento de Exención Por Categorías Para las Restricciones Verticales***

El *Reglamento de Exención por Categorías para las Restricciones Verticales de la Comunidad Europea (CE) Núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999*<sup>119</sup>, funciona para la aplicación del apartado 3 del Art. 81 del Tratado CE, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; y fue publicado por el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 29 de diciembre de 1999*. Este Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable a cada *Estado Miembro*.

Dicho reglamento define la *exención* como la libertad que uno goza para eximirse de alguna responsabilidad. Asimismo, el apartado 2 del Art. 1 precisa que la

<sup>117</sup>Cfr. PASCUAL Y VICENTE, JULIO, *La Nueva Regulación Europea General de las Restricciones Verticales de la Competencia*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid 2003.

<sup>118</sup>*Comunicación de la Comisión sobre “Directrices Relativas a las Restricciones Verticales”, publicada el 13 de octubre de 2000*, Diario Oficial n° C 291 de 13/10/2000 p. 0008 – 00229 Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/30.pdf>.

<sup>119</sup>*Reglamento de Exención por Categorías para las Restricciones Verticales de la Comunidad Europea (CE) Núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999*, Diario Oficial n° L 336 de 29/12/1999 p. 0021 – 0025, Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31999R2790>.

exención será aplicable a los acuerdos verticales entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus manufactureros, siempre que todos los miembros sean distribuidores o detallistas, y ninguno de ellos tenga un volumen global de negocios superior a 50 millones de euros, incluyendo en esta cifra las empresas vinculadas.

En otras palabras, los elementos de aplicación para la exención consisten en que los acuerdos, tales como los de *Fijación de Precios Vertical*, entre las empresas deben ser preparados por distribuidores, siempre y cuando el volumen de negocios no supere los 50 millones de euros.

De igual manera, el apartado 1 del Art. 2 establece que la prohibición del Art. 81.1 del Tratado no se aplicará a:

*“Los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución, y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”.*

Dicho de otra forma, la exención cobija los acuerdos de *Fijación de Precios* que sean suscritos en distintas etapas, ya sea de producción o distribución; y para efectos de la adquisición, venta o reventa del producto que estén mercadeando.

También, el Art. 2 establece expresamente que el reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales, cuyo objeto esté dentro del ámbito de aplicación de otros reglamentos por exención por categorías. O sea, que dicho reglamento no será utilizado cuando ya existe otro reglamento que cubra la necesidad de eximir ese acuerdo vertical, que visto de forma independiente se puede interpretar como colusivo.

Más adelante, el apartado 4, regula la exención de las restricciones verticales entre los competidores, estableciendo que si en un principio dicha exención no es

aplicable a éstos, luego *sí lo será*, cuando las empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco, y cuando concurren algunas de las siguientes situaciones:

- a) El volumen de negocios global del distribuidor no exceda 100 millones de euros al año.
- b) El manufacturero fabrique y distribuya dichos bienes, y el distribuidor no fabrique dichos bienes, compitiendo sólo con los bienes del contrato.
- c) El manufacturero suministre servicios a los distintos niveles del comercio, y el distribuidor no suministre dichos servicios competitivos en el nivel del comercio, donde se compran los servicios contractuales.

Por otro lado, las condiciones de inaplicabilidad de la exención están contempladas en los Artículos, 3, 4, y 5 del reglamento. La más relevante a los acuerdos verticales de *Fijación de Precios* es la *Lista Negra de Restricciones*.

En lo referente a la *Lista Negra de Restricciones*, el Art. 4 del reglamento decreta la *no aplicación* del mismo, a los acuerdos verticales que directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores, bajo el control de las partes; tengan por objeto crear restricciones en la facultad del distribuidor de fijar el precio de venta, sin perjuicio de que el manufacturero pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta; siempre y cuando, no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo, como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.

En otras palabras, la *Lista Negra de Restricciones* no fomenta los acuerdos de *Fijación de Precios*, cuando produzcan restricciones o limitaciones en la facultad del distribuidor de fijar los precios de venta; y sin perjuicio de que el manufacturero pueda fijar un precio máximo o recomendar algún precio. Lo que no se puede es acordar un precio que equivalga a uno mínimo rígido, como resultado de presiones, ya sean de los manufactureros o de alguna otra parte con interés en la venta de algún producto.

### ***Directrices Sobre Restricciones Verticales***

Otro tipo de legislación promulgada por la *Unión Europea*, para regular los acuerdos o restricciones verticales, consiste en las Directrices que se publicaron en una *Comunicación de la Comisión en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 13 de octubre del año 2000*. Dichas *Directrices* constan en especial de seis capítulos.

Una de estas directrices es el *Reglamento de Exenciones por Categorías*. Dicho reglamento establece una presunción de legalidad de los acuerdos verticales, en función de la *cuota de mercado* del manufacturero o el distribuidor. La *cuota de mercado* es la fracción o porcentaje que tiene una compañía del total del mercado disponible o del segmento del mercado en el cual compete.

El reglamento utiliza la cuota del manufacturero o del distribuidor en el mercado donde vende el bien o servicio objeto del contrato. Dicha cuota, no podrá ser superior al umbral de 30 por 100. Como excepción a dicho umbral, se determinó que el acuerdo debe incluir una obligación vertical de suministro exclusivo entre el manufacturero y el distribuidor. Si no hay dicha obligación, se tiene que aplicar la prohibición de que la cuota del distribuidor en el mercado, no puede superar el umbral del 30 por 100.

En cuanto a la definición de un acuerdo vertical, se deducen los siguientes criterios de aplicación de los que conviene destacar que:

- a) Quedan amparados o cubiertos los acuerdos verticales y prácticas concertadas entre empresas y decisiones de asociaciones de empresas, pero no los que se establezcan con los consumidores finales.
- b) Quedan amparados los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y las decisiones de las asociaciones de empresas, cuando aquéllas operan a efectos del acuerdo, decisión o práctica, en planos distintos de la cadena de producción o distribución.
- c) Se consideran bienes o servicios objeto del contrato, tanto los suministrados por el proveedor o manufacturero, como los que sean

resultantes ya sean finales o intermedios, pudiendo ser revendidos o empleados como insumos.

Dicho de otro modo, el reglamento no cubre las restricciones u obligaciones que no se refieran a las condiciones de compra, venta y reventa, etc. Por lo tanto, los acuerdos verticales de *Fijación de Precios*, entre el manufacturero y distribuidor están cobijados por dicho reglamento, siempre y cuando no sean de los que se establecen con los consumidores finales.

Por otro lado, en las *Directrices* y en el Art. 4 y 4 a) del *Reglamento de Exención por Categorías* se incluye, una lista de restricciones especialmente graves que conducen a la exclusión del acuerdo vertical de todo ámbito de aplicación del reglamento. Una de estas restricciones especialmente grave es el *Mantenimiento del Precio de Reventa o Fijación de Precios de Reventa o MPR*. Es decir, cualquier acuerdo o práctica concertada cuyo objeto directo o indirecto, sea el establecimiento de un precio de reventa, fijo o mínimo, al que deba ajustarse el distribuidor.

Sin embargo, los acuerdos de *Fijación de Precios de Reventa* también puede lograrse por medios indirectos. Entonces, para proteger al mercado de dichos acuerdos, las *Directrices* se ocupan de destacar como ejemplos, y sin carácter exhaustivo diversas modalidades indirectas de hacerlo. Éstas son las siguientes:

- a) Los acuerdos de *Fijación de Precios* por los que se fija el margen de distribución.
- b) Los que fijan el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder, a partir de un determinado nivel establecido de precios.
- c) Los acuerdos que subordinan a la observancia de un determinado nivel de precios la concesión de descuentos, o la devolución por el manufacturero de los costos promocionales.
- d) Los que vinculan el precio establecido de reventa a los precios de reventa de los competidores.

- e) Las amenazas, intimidaciones, advertencias, multas, retrasos o suspensión de entregas o resoluciones de contratos, en relación con la observancia de un determinado nivel de precios.

Sin embargo, las *Directrices* señalan la forma en que los medios directos o indirectos de *Fijación de Precios* son aceptados y más eficaces, particularmente, si se combinan con *medidas* que sean destinadas a identificar a otros distribuidores que rebajan los precios, sin tener en cuenta regulación alguna. Además, resaltan la implantación de un sistema de control de precios o la obligación impuesta a los distribuidores de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado.

Asimismo, advierten que la fijación directa o indirecta puede lograrse más eficazmente, si se combina con medidas que sean capaces de reducir los incentivos del distribuidor para reducir el precio de reventa. Por ejemplo, que el fabricante establezca un precio de reventa recomendado en el producto, u obligue al distribuidor a aplicar una cláusula beneficiosa al cliente más favorecido, así como servicios adicionales.

No obstante, las *Directrices* expresamente reconocen que la entrega por el fabricante, al distribuidor de una lista de precios recomendados o máximos, no se considera que en sí mismo conduzca al *MPR*. En otras palabras, los precios máximos o recomendados están fuera de la regulación del reglamento y las *Directrices*.

Por otro lado, los *acuerdos de agencia*, o *contrato de agencia* es un acuerdo en virtud del cual una persona natural o jurídica (*el agente*) asume de forma estable y permanente el encargo, en nombre y por cuenta de otro y a cambio de una retribución; para promover y concluir contratos como intermediario independiente, sin asumir por ello, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de dichas operaciones.

Las *Directrices* advierten que si un *acuerdo de agencia* entra en el ámbito de aplicación del *Art. 81.1 del Tratado de Roma*, toda cláusula de dicho acuerdo que

impida al agente repartir su comisión fija o variable con el cliente, ya sea mediante la imposición de restricciones al respecto, por parte de un manufacturero, constituirá una restricción especialmente grave con arreglo al *Art. 4 (a) del Reglamento de Exención por Categorías*.

Dicho de otra forma, si el *acuerdo de agencia* tiene alguna limitación que le impida distribuir su comisión con el cliente, se catalogará como un incumplimiento con el art. 4 (a) del reglamento. Por lo que, la *Comisión* estima que debería de darse plena libertad al agente, para reducir el precio que va a ser pagado por el cliente, sin disminuir los ingresos del principal competidor.

Por otro lado, la *Comisión* declara que no se presumirá la ilegalidad de los acuerdos verticales, que no sean incluidos en el ámbito de aplicación del *Reglamento de Exención por Categorías*. En otras palabras, se admite la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente. Por esa razón, se alienta a las empresas que aunque no notifiquen previamente acerca de la existencia de dichos acuerdos prohibidos, como quiera lleven a cabo su propia evaluación para ver si podrían ser exentos.

En caso de que la *Comisión* proceda a realizar un análisis individual, recaerá sobre ella el peso de probar, si un acuerdo infringe lo dispuesto por el *Art. 81.1 del Tratado de Roma*. Entonces, si se prueba la existencia de efectos que sean apreciables y contrarios a la competencia, las empresas podrán demostrar las supuestas eficiencias, y explicar el por qué un determinado sistema de distribución podría producir los beneficios pertinentes para la exención, conforme a lo dispuesto en el Art. 81.3. Como por ejemplo, dicho acuerdo vertical aporta a la innovación o al progreso tecnológico, etc.

De surgir alguna otra controversia posterior, la misma empresa puede notificarla a la *Comisión*. Las partes notificantes, no tienen que explicar el por qué no se notificó anteriormente el acuerdo, ni tampoco se les denegará la exención de manera retroactiva.

Cualquier notificación se analizará aisladamente en función de sus propias características. En cuyo caso, la *Comisión* puede dejar exento el acuerdo vertical con efecto retroactivo, a partir de la fecha de entrada en vigor del mismo, si se cumplen con las condiciones del Art. 81.3, o sea si aportan al progreso técnico, a la distribución, etc.

### ***Retirada de Inaplicabilidad del Reglamento***

La presunción de legalidad que confiere el *Reglamento de Exención por Categorías* a un acuerdo vertical, puede ser retirada si se considera que tal acuerdo aisladamente o en conjunto con otros similares, llevados a cabo por los fabricantes o distribuidores competidores, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del *Art. 81 del Tratado de Roma*. Eso quiere decir, que el acuerdo no reúne todas las condiciones establecidas en dicho artículo, para ser catalogado como exento.

En las *Directrices*, se dispone que la retirada de la inaplicabilidad puede darse si un fabricante o un distribuidor, como es el caso de los acuerdos exclusivos de suministro que poseen una cuota de mercado no superior al 30 por 100; toman parte en un acuerdo vertical que no genera ventajas objetivas, ni compensa los perjuicios que ocasiona a la competencia.

Especialmente, se puede retirar la aplicabilidad del reglamento cuando existe un acuerdo vertical que no genera beneficios, en la distribución de bienes a los usuarios finales, que a menudo se encuentran en una posición mucho más débil que los distribuidores profesionales de bienes intermedios.

Otro ejemplo de esta situación se puede apreciar cuando el efecto del acuerdo vertical es acumulativo o que se añaden las diversas redes paralelas de otros acuerdos verticales similares, suscritos entre fabricantes o distribuidores competidores. Como resultado, se restringe severamente el acceso al mercado o a la competencia, impidiéndose así el cumplimiento de las condiciones para la exención.

La evaluación de dichos acuerdos verticales ha de tener en cuenta las consecuencias que sean contrarias a la competencia, y que sean atribuibles a cada red concreta de acuerdos. Asimismo, la responsabilidad del efecto acumulativo de dicha red de acuerdos, sólo puede atribuirse a aquellas empresas que contribuyeron de forma notable al mismo. Por lo tanto, las decisiones de retirada sólo pueden producir un efecto *ex nunc*; lo que significa que los acuerdos en cuestión seguirán estando exentos hasta la fecha en que se haga efectiva la retirada de la aplicabilidad del reglamento.

En virtud de lo dispuesto por el Art. 7 del *Reglamento de Exención por Categorías*, la *Autoridad Competente* de un *Estado Miembro* también puede retirar el beneficio de la exención de los acuerdos verticales, cuyos efectos sean contrarios a la competencia. Siempre y cuando, éstos se dejen sentir en el territorio del Estado en cuestión, o en una parte del mismo que tenga las características de un mercado geográfico específico.

Sin embargo, cuando un *Estado Miembro* no posee las normas que facultan a su propia *Autoridad Nacional de Competencia*, ya sea para aplicar la normativa comunitaria de competencia, o al menos para retirar el beneficio del *Reglamento de Exención por Categorías*, tal Estado puede solicitar a la *Comisión* que inicie un procedimiento a tal efecto.

Esto quiere decir, que la *Comisión* es el ente por excelencia que tiene la facultad exclusiva de retirar el beneficio del *Reglamento de Exención por Categorías*, incluyendo los acuerdos que restrinjan la competencia en un *mercado geográfico de referencia*, que sea mayor que el territorio de un único *Estado Miembro*.

Sin embargo, cuando el territorio de un único *Estado Miembro* o una parte del mismo, constituye un *mercado geográfico de referencia*, la *Comisión* y el *Estado Miembro* poseen competencia concurrente, para retirar dicho beneficio del *Reglamento de Exención por Categorías*.

Un *mercado geográfico de referencia* comprende el territorio en el cual las empresas de referencia, ya sean fabricantes o distribuidores, son contratadas para ofrecer bienes y servicios; y cuando las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas o de la misma naturaleza o género.

Conjuntamente, se podrían adoptar decisiones nacionales de retirada del reglamento, conforme a los procedimientos dispuestos del *Derecho Nacional*. Sólo surtirán efectos en el territorio del *Estado Miembro* de que se trate. Estas decisiones nacionales, no prejuzgarán la aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias, y el pleno efecto de las medidas adoptadas para la aplicación de las mismas.

En otras palabras, cada Estado Miembro podrá adoptar sus propias medidas de inaplicabilidad de las exenciones, de acuerdo a las necesidades que tenga y al Derecho Nacional. Esas medidas no irán por encima de las normas de competencia de la *Unión Europea*.

Lo cual implica, que las *Autoridades Nacionales de Competencia de cada Estado Miembro* han de llevar a cabo su propia evaluación con arreglo al Art. 81 del *Tratado de Roma*, y a la luz de los criterios pertinentes del *Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia, de la Comisión*, y de sus propias comunicaciones y decisiones internas.

En fin, la *Comisión* considera que los mecanismos de consulta establecidos en las *Directrices*, relativos a la cooperación entre la *Comisión* y las *Autoridades Nacionales de Competencia*, deberían utilizarse para evitar el riesgo de que se adopten decisiones que sean contradictorias y que se dupliquen los procedimientos.

### ***Consecuencias Negativas de los Acuerdos de Restricciones Verticales***

Los acuerdos de restricciones verticales tienen consecuencias negativas que afectan la competencia. Algunos de estos acuerdos que la *Comisión* propone evitar que las empresas lleven a cabo son los siguientes:

- a) Las barreras de entrada que excluyan a otros operadores del mercado.
- b) La reducción de competencia intermarca entre operadores en un mercado.
- c) La reducción de competencia intramarca entre distribuidores de la misma marca.

Para analizar los posibles efectos negativos de las diversas restricciones verticales, las *Directrices* los clasifican en cuatro grupos:

- 1) Marca única.
- 2) Distribución limitada.
- 3) Mantenimiento de Precio de Reventa o Fijación de Precio de Venta.
- 4) Compartimentación de mercado.

En el *grupo de marca única*, se incluyen los acuerdos que inducen al distribuidor a concentrar sus pedidos, en un tipo de producto concreto de un único fabricante. Las *Directrices* les atribuyen los siguientes cuatro efectos reductores de la competencia intermarca: a) la exclusión de fabricantes y productos del mercado; b) la cristalización de cuotas de mercado o que se activan con rapidez con la introducción de un nuevo producto; según la *Comisión*, esto propicia la colusión entre fabricantes; c) la supresión de competencia intraestablecimiento o dentro de los establecimientos; y d) la posibilidad de precios más altos para el distribuidor.

El segundo grupo es el de *distribución limitada* que incluye a los acuerdos donde el fabricante, sólo vende a un distribuidor o a un número reducido de distribuidores. La *Comisión* le atribuye los tres siguientes efectos: a) las exclusiones del

mercado de compra; b) la limitación del número de distribuidores e incentivación de la colusión; y c) la reducción de la competencia *intramarca* en condiciones que puedan debilitar la competencia *intermarca*.

Como tercer grupo, existe el *Mantenimiento de Precio de Reventa o Fijación de Precios de Reventa*, que incluye los acuerdos que obligan o inducen al distribuidor a no revender un producto o servicio por debajo de un determinado precio, a un determinado precio o por encima del mismo. La *Comisión* destaca los siguientes efectos negativos para la competencia: a) la reducción de la competencia *intramarca*; y b) la mayor transparencia de los precios que facilita la colusión.

Finalmente, existe el *grupo de compartimentación de mercado*. La *compartimentación de mercados* se lleva a cabo, cuando un Estado concede una marca y está en realidad concediendo un monopolio de explotación. Este grupo, lo constituyen los acuerdos que limitan las posibilidades de abastecimiento o reventa de un distribuidor, con relación a un producto específico; cuyo principal efecto sobre la competencia es reducir la competencia *intramarca*, de modo que puede contribuir a la compartimentar o controlar el mercado.

### ***Efectos Positivos de las Restricciones Verticales***

Los acuerdos de restricciones verticales poseen varios efectos positivos. Las *Directrices* reconocen los siguientes efectos positivos para la competencia:

- 1) Resuelven el problema del “parasitismo”. Esto quiere decir que se evita que se perjudique a la mayoría de empresas en el mercado; y que se obtengan ventajas económicas injustas.
- 2) Abren nuevos mercados o se introducen en ellos.
- 3) Evitan el parasitismo de “certificado”. O sea que se evita que en algunos sectores determinados, los distribuidores tengan cierta reputación por vender únicamente buenos productos.
- 4) Resuelven el problema de la “cautividad” o privación de la libertad.

- 5) Resuelven el problema de la cautividad con la “*transferencia de conocimientos técnicos sustanciales*”.
- 6) Aprovechan economías de escala en la distribución. En otras palabras, se aprovechan las ventajas en términos de costos que una empresa obtiene gracias a la expansión.
- 7) Resuelven las imperfecciones del mercado de capitales.
- 8) Promueven la uniformidad y normalización de la calidad de los productos o servicios.

Estos posibles efectos positivos sostienen que bajo determinadas condiciones es probable que los acuerdos verticales, contribuyan a potenciar la eficiencia y el desarrollo de los nuevos mercados, compensando los posibles efectos negativos.

La *Comisión* señala que en términos generales, se han de apoyar los acuerdos de restricciones verticales de duración limitada o definida, que contribuyan a la introducción de nuevos productos complejos, o a proteger las inversiones destinadas a determinadas relaciones. Añade la *Comisión*, que en ocasiones los acuerdos de restricciones verticales son necesarios, siempre que el manufacturero venda su producto al distribuidor.

Finalmente, se indica que para determinar la necesidad de los acuerdos de las diferentes restricciones verticales, hay que tener en cuenta que existe cierta intercambialidad entre ellos. Es decir, que hay determinados acuerdos de relaciones verticales con efectos distintos en la competencia, tanto positivos como negativos, pero que pueden al mismo tiempo resolver el problema de ineficiencia o la falta de bienes y servicios al mínimo costo.

### ***Normas Generales Para Evaluar los Acuerdos de Restricciones Verticales***

El procedimiento para evaluar los acuerdos de restricciones verticales colabora con la clasificación de los acuerdos que están exentos y los que no. De esa forma, se promueve un mercado más competitivo.

Las *Directrices* formulan el siguiente decálogo de normas generales, para la evaluación de los acuerdos de restricciones verticales desde el punto de vista de la política de competencia:

Primera: la mayoría de las restricciones verticales sólo plantean problemas, si la competencia *intermarca* o entre marcas es insuficiente. Cuando hay muchas empresas compitiendo en un mercado no concentrado o independiente, la *Comisión* supone que los acuerdos de restricciones verticales no especialmente graves; no tendrán unos efectos negativos notables, y se considera que un mercado no está concentrado si el índice *Herfindahl-Hirschman*<sup>120</sup> es inferior a 1.000. El *Índice de Herfindahl o Índice de Herfindahl e Hirschman (IHH)* es una medida de uso general en economía, y economía política de la concentración económica en un mercado.

Segunda: por lo general, son más perniciosos los acuerdos de restricciones verticales que reducen la competencia *intermarca* que los reductores de la competencia *intramarca* o dentro de la misma marca. Esto significa, que los acuerdos estarían impidiendo la competencia de otras marcas, lo que implica una limitación en la entrada al mercado de nuevas empresas que venden dichas marcas.

Tercera: los acuerdos de restricciones verticales del grupo de la distribución limitada, en ausencia de suficiente competencia *intermarca*, son especialmente perniciosos, si limitan el acceso a los distribuidores más eficaces o a quienes hacen un tipo de distribución diferente.

---

<sup>120</sup>*Índice de Herfindahl-Hirschman*, Disponible en: <http://www.investopedia.com/terms/h/hhi.asp>. (2014).

Cuarta: los acuerdos exclusivos son por lo general, más perniciosos para la competencia que los no exclusivos. Debido a que dicho acuerdo está limitando la entrada de otros distribuidores que quieran competir en ese mercado.

Quinta: los acuerdos de restricciones verticales relativos a bienes y servicios, sin marca o genéricos, son menos perniciosos en general que cuando tienen una marca. La merma de la competencia intermarca es menos importante para los productos intermedios que para los finales. Esto ocurre, cuando se venden los productos intermedios a un distribuidor que no los va a vender inmediatamente al consumidor, sino a otro distribuidor que los añadirá en sus propios bienes y servicios.

Sexta: en general, la combinación de acuerdos de restricciones verticales potencia a menudo sus efectos negativos. Sin embargo, determinadas combinaciones de acuerdos de restricciones verticales son más beneficiosas para la competencia, si se aplican aisladamente, porque contribuyen al progreso técnico, entre otros beneficios.

Séptima: los posibles efectos negativos de los acuerdos de restricciones verticales se ven reforzados, cuando varios fabricantes y sus distribuidores organizan su actividad de modo similar. En otras palabras, cuando varios operadores se unen a suscribir acuerdos para controlar la venta de bien o producto en particular.

Octava: cuando más transferencia de tecnología implique un acuerdo de restricción vertical, más motivos habrá para esperar eficiencia de éste; y más necesario será proteger los conocimientos técnicos transferidos o los costos de la inversión efectuados.

Novena: un acuerdo de restricción vertical destinado a proteger la inversión de una relación contractual entre las empresas, estará tanto más

justificado cuando mayor sea la conexión entre la restricción vertical y la inversión específica. Su duración dependerá de la depreciación de la inversión o de una reducción periódica del valor del bien material o inmaterial de que se trate.

Décima: la *Comisión* considera que por lo general, los acuerdos de restricciones verticales relacionados con la apertura de nuevos mercados de productos o mercados geográficos, no restringen la competencia.

Éste último es un criterio que se tiene en cuenta durante un período de dos años desde la primera introducción del producto en el mercado; independientemente de la cuota de mercado de la empresa. Se aplica a todas los acuerdos de restricciones verticales que no sean especialmente graves.

También, este criterio se aplica en caso de un nuevo mercado geográfico; y en las restricciones de los intermediarios del nuevo mercado, para llevar a cabo las ventas activas y pasivas de los distribuidores directos del manufacturero situados en otros mercados.

Las ventas pasivas son el tipo de venta en la que el cliente inicia el proceso de compra. Mientras que en las ventas activas el cliente forma una parte importante del enfoque del proceso, y hacia él se canalizan todos los recursos y esfuerzos.

Por último, el Décimo criterio aplica cuando se somete a prueba un nuevo producto en un territorio limitado o en un reducido grupo de clientes. Los distribuidores designados para la venta en ese mercado de prueba, pueden ser restringidos en su venta activa fuera del mercado de prueba, durante un período máximo de un año, sin caer por ello en el ámbito de aplicación del *Art. 81.1 del Tratado de Roma*.

### ***Metodología de Análisis***

Las *Directrices* establecen con carácter general, cuatro etapas sucesivas para la evaluación de un acuerdo de restricción vertical:

- 1) La definición del mercado relevante por las empresas interesadas, y el cálculo de la cuota de mercado que corresponda al fabricante o distribuidor, en función del acuerdo de restricción vertical de que se trate.
- 2) Si la cuota del mercado pertinente no excede el umbral de un 30 por 100, será aplicable al acuerdo vertical, lo dispuesto en el Reglamento de Exención por Categorías, sin perjuicio de las restricciones especialmente graves y las condiciones establecidas en este reglamento.
- 3) Si la cuota de mercado pertinente excede del umbral del 30 por 100, debe evaluarse si es aplicable al acuerdo vertical, lo dispuesto en el apartado 1 del Art. 81 del Tratado de Roma.
- 4) Debe examinarse si el mismo cumple con las condiciones para la exención con arreglo al apartado 3 del Art. 81 del Tratado de Roma.

### ***Factores para la Evaluación, Según el Apartado 1 del Art. 81***

Entonces, si la cuota de mercado supera el umbral del 30 por 100, la *Comisión* hará un análisis extenso de la competencia; y tomará en cuenta al menos, los factores seguidamente indicados; y según el caso, la importancia de cada factor dependerá de los demás:

- a) La posición de mercado del fabricante, determinable a partir de su cuota de mercado y las ventajas competitivas de que disponga.
- b) La posición de mercado de los competidores, que se estimará a partir de los mismos elementos.
- c) La posición de mercado del distribuidor y de otros relativos a su posición en las fases posteriores de mercado.

- d) Los obstáculos a la entrada, para cuya estimación se tendrán particularmente en cuenta los costos hundidos de la actividad.

Sin embargo, la *Comisión* antepone en las evaluaciones individuales, su atención a la competencia real, con preferencia a la competencia potencial:

- e) La madurez del mercado en cuanto a los efectos negativos de un acuerdo de restricción vertical. En otras palabras, estos efectos son más probables que ocurran en los mercados maduros.
- f) El nivel de comercio que se distingue entre los bienes y servicios intermedios y finales; considerando que los efectos negativos son en general, menos probables en el nivel de los productos intermedios. Por lo general, los acuerdos se suscriben al principio o al final de la etapa productiva del bien o servicio de que se trate.
- g) La naturaleza del producto, particularmente digna de atención en los productos finales, para evaluar los efectos probables tanto positivos como negativos.
- h) Otros factores, tales como: el efecto acumulativo, la duración, la certeza de la naturaleza concordataria del acuerdo de restricción, el entorno reglamentario o la existencia de circunstancias procolusorias o a favor de la colusión.

### ***Factores para la Evaluación, Según el Art. 81.3***

Otros factores que las *Directrices* distinguen se concentran en dos supuestos: primero, que el manufacturero o el distribuidor tengan una posición dominante en el mercado o que vayan a alcanzarla como consecuencia del acuerdo vertical; segundo, que esa posición dominante no exista, ni vaya a alcanzarse por medio del acuerdo vertical.

Con relación al primer supuesto, la *Comisión* considera que no puede aplicarse una excepción a un acuerdo de restricción vertical que tenga efectos anticompetitivos apreciables. Dicho de otro modo, el acuerdo podría quedar fuera del ámbito de aplicación del Art. 81.1, cuando se demuestre que sus efectos no son anticompetitivos; por ejemplo, el acuerdo sirve para proteger las inversiones específicas para determinadas relaciones o transferir conocimientos técnicos importantes, sin los cuales no fuera posible el suministro o la adquisición de determinados productos.

Mientras que en el segundo supuesto, la *Comisión* considera que debe atenderse las primeras tres condiciones impuestas por el Art. 81.3. Es decir, por una parte, se deben catalogar como exentos los acuerdos que puedan contribuir a la mejora de la producción o la distribución, a fomentar el progreso técnico o económico.

Estas eficiencias deben justificarse y producir un efecto o beneficio positivo neto, advirtiendo que no se admitirán “*afirmaciones especulativas*”, sobre la prevención del *parasitismo* o “*declaraciones genéricas*” sobre el ahorro de costos. Además, los beneficios económicos deben favorecer no sólo a las partes del acuerdo, sino también al consumidor. En otras palabras, los beneficios deben ser concretos y palpables para que mejoren a todas las partes que estén envueltas en el mercado.

Finalmente, habrá que garantizar que para obtener determinados efectos positivos, se debe optar por la restricción que sea la menos anticompetitiva. Dicho de otro modo, se debe catalogar como exenta aquel acuerdo de restricción vertical que pueda afectar en menor grado a la competencia en el mercado.

### ***Precios de Reventa Recomendados y Máximos***

Las *Directrices* reconocen que la práctica de recomendar un precio de reventa a un distribuidor; o exigirle que respete un precio de reventa máximo está cubierta por el *Reglamento de Exención por Categorías*, cuando la cuota de mercado del manufacturero no excede del umbral del 30 por 100.

El factor más importante para evaluar los efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es la *posición de mercado* del *manufacturero*. Esto quiere decir, que cuanto más fuerte sea ésta, mayor será el riesgo de uniformidad de los precios de los distribuidores. Por lo tanto, la *Comisión* considera que la práctica de imponer un precio de venta máximo o recomendado puede infringir el *Art. 81.1 del Tratado de Roma*, si redundan en un nivel uniforme de precios.

El segundo factor más importante para evaluar los efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados, es la *posición de mercado de los competidores* o las empresas que hagan una oferta de un producto o servicio similar o que tiene el mismo *manufacturero*.

La *Comisión* nos dice que especialmente cuando se trata de un oligopolio cerrado, o sea que haya pocos oferentes, muchos demandantes y no puedan participar todas las empresas que lo deseen; la práctica de aplicar o publicar precios máximos o recomendados puede facilitar la colusión entre los *manufactureros*. Por lo que, estima que el imponer un precio de reventa máximo o recomendado que produzca tales efectos podría también infringir el *Art. 81.1 del Tratado de Roma*.

***6.1 Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del Artículo 101, Apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de Acuerdos Verticales y Prácticas Concertadas.***

La *Comisión* adoptó el *Reglamento (UE) n° 330/2010, el 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del Artículo 101 del TFUE, o Reglamento de Exención por Categorías (REC)*<sup>121</sup>, que protege a la mayoría de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

---

<sup>121</sup>*Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del Artículo 101, Apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de Acuerdos Verticales y Prácticas Concertadas, Diario Oficial n° L 102 de 23/04/2010 p. 0001 – 0008, Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/cc0006\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/cc0006_es.htm).*

La exención prevista en el apartado 1 de dicho reglamento, se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus manufactureros, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas; y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas, tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año. En otras palabras, el reglamento para poder autorizar los acuerdos verticales impone como requisito, la cantidad de volumen de negocios de 50 millones de euros al año, y que todos los operadores sean minoristas.

Para fines del cálculo del volumen de negocios total anual contemplado, se sumarán todos los volúmenes de negocio realizados durante el ejercicio financiero previo, por la correspondiente parte del acuerdo vertical y por sus empresas vinculadas; y con respecto a todos los bienes y servicios, excluidos los impuestos y otras tasas. Como resultado, no se tendrán en cuenta las transacciones entre la parte incluida en el acuerdo vertical, y sus empresas vinculadas o entre sus empresas vinculadas.

De la misma forma, la exención prevista seguirá siendo aplicable cuando, durante cualquier período de dos ejercicios financieros consecutivos, se rebase el umbral de volumen de negocios total anual en una cantidad que no exceda del 10%.

Además, la exención se aplicará a los acuerdos verticales que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al distribuidor o la utilización por el distribuidor, de derechos de propiedad intelectual; siempre que dichas cláusulas no constituyan el objeto principal de dichos acuerdos, y que estén directamente relacionadas con el uso, venta o reventa, de bienes o servicios por el distribuidor o sus clientes.

También, la exención se aplicará con la condición, de que en relación a los bienes o servicios contractuales, dichas cláusulas no contengan restricciones adicionales a la competencia que tengan el mismo objeto que las restricciones verticales, no exentas con arreglo al presente reglamento. Esto quiere decir, que estas cláusulas de cesión al distribuidor y de derechos de propiedad intelectual, no pueden convertirse en limitaciones adicionales a la competencia, para que puedan ser cobijadas por este reglamento.

Asimismo, la exención no se aplicará a los acuerdos verticales que sean suscritos entre empresas competidoras. No obstante, se aplicará cuando dichas empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y cuando:

- 1) El proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes, y el distribuidor no sea una empresa competidora en el plano de fabricación;  
o
- 2) El fabricante sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial; y el distribuidor suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista; y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales.

Sin embargo, el *REC* no se aplicará a los acuerdos verticales, cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros *Reglamentos de Exención por Categorías*, a menos que dichos reglamentos dispongan lo contrario.

De igual manera, el *REC* convierte en inaplicable el *Art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* a los acuerdos verticales, que cumplan con determinados requisitos. El primer requisito es que el acuerdo no contenga ninguna de las *restricciones especialmente graves* establecidas en el *REC*. El segundo requisito es que tenga un *límite máximo de cuota de mercado* del 30%, tanto para los fabricantes como para los distribuidores. El tercero es que el *REC* contenga condiciones relativas a las tres *restricciones específicas*.

#### ***A. Restricciones Especialmente Graves***

El *REC* contiene varias restricciones especialmente graves, que convierten el beneficio del *REC* en inaplicable, aunque la cuota de mercado del fabricante y del distribuidor sean inferiores al 30%. Por lo que, se consideran restricciones especialmente graves, las restricciones de competencia que sean severas debido al posible daño que pueden causar a los consumidores. En la mayoría de los casos, se prohibirán y se considerará como poco probable que los acuerdos verticales que

contengan dichas restricciones especialmente graves, cumplan con las condiciones del *Artículo 101*, apartado 3, del *TFUE*. Una de las *restricciones especialmente graves* se refiere al mantenimiento de los precios de reventa o *Fijación de Precios*. En otras palabras, los fabricantes no podrán fijar el precio (mínimo), al que los distribuidores pueden revender sus productos.

### ***B. El Límite Máximo de Cuota de Mercado del 30%***

Las cuotas de mercado se calculará sobre la base de datos relativos al año natural precedente. Todo acuerdo vertical quedará cubierto por el *REC*, si el *manufacturero* y el *distribuidor* de los bienes o servicios, no tienen una cuota de mercado superior al 30%. La cuota de mercado del *manufacturero* está ubicada en el mercado de suministros, donde se *venden* los bienes o servicios de dicho *manufacturero*; en ese lugar se determina si es de aplicación la exención por categorías.

Mientras que la cuota de mercado del *distribuidor*, está ubicada en el mercado en donde se *compran* los bienes o servicios para luego determinar, la aplicación de la exención por categorías.

No obstante, si no se dispone de datos sobre el valor de las ventas o de las compras en el mercado, podrán utilizarse estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, incluidos volúmenes de ventas y de compras en el mercado, para determinar la cuota de mercado de la empresa de que se trate.

Por su parte, cuando una cuota de mercado no supera inicialmente el umbral del 30%, pero se incrementa a posteriori sin exceder de un 35%, la exención prevista seguirá aplicándose, durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 30%. En otras palabras, aunque generalmente el límite es un 30% en ciertas ocasiones, la cuota de mercado puede ser aceptada si no exceder el umbral del 35%, mediante un examen individual, y dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular como por ejemplo, que no

le imponga restricciones adicionales a la competencia, que aporte al progreso técnico, etc.

De la misma forma, si volviera a suceder que una cuota de mercado no supere inicialmente el 30%, pero se incremente a posteriori por encima del 35%, la exención prevista seguirá aplicándose durante un año natural a contar a partir del año, en que se sobrepase por primera vez el umbral del 35%. En otras palabras, aunque generalmente el límite es un 30% en ciertas ocasiones, la cuota de mercado puede ser aceptada aunque exceda el umbral del 35%, dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular, mediante un examen individual, como por ejemplo, que no le imponga restricciones adicionales a la competencia, que aporte al progreso técnico, etc.

En fin, con arreglo al artículo 1 *bis* del *Reglamento no. 19/65/CEE*, la *Comisión* podrá declarar mediante otro reglamento adicional, la no aplicación de este *Reglamento n° 330/2010*, cuando existan redes paralelas de restricciones verticales similares, que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia.

### ***Las Restricciones Excluidas***

El *REC* aplica a todas las restricciones verticales, distintas de las restricciones especialmente graves. No obstante, dicho reglamento impone condiciones específicas en las siguientes tres restricciones verticales:

- a) Obligaciones de no competir durante el contrato.
- b) Obligaciones de no competir tras el vencimiento del contrato.
- c) La exclusión de marcas específicas en un sistema de distribución selectiva.

En caso de no cumplirse con estas condiciones, se excluirán las restricciones verticales de la exención del *REC*. Sin embargo, el *REC* seguirá aplicándose a la parte restante del acuerdo vertical, si dicha parte es separable; es decir, que puede operar de forma independiente de las restricciones verticales no exentas.

***Comunicación de la Comisión de 10 de mayo de 2010 – Directrices Relativas a las Restricciones Verticales [SEC (2010) 411 final].***

Las presentes *Directrices Relativas a las Restricciones Verticales de la Comunicación de la Comisión del 10 de mayo de 2010*<sup>122</sup>, describen el planteamiento adoptado, respecto a los acuerdos verticales no cubiertos por el *REC*. En particular, el *REC* no se aplicará si la cuota de mercado del *manufacturero o del distribuidor* supera el 30%. Sin embargo, superar el umbral de la cuota de mercado del 30% no crea una presunción de ilegalidad, automática. Este umbral sólo sirve para distinguir los acuerdos que se benefician de una presunción de legalidad, de los que requieren un examen individual. Por lo tanto, dichas *Directrices* se constituyeron para ayudar a las empresas a llevar a cabo ese examen.

Cuando la *Comisión* realiza un examen individual, ésta asumirá la carga de la prueba de que el acuerdo en cuestión infringe el *Artículo 101, apartado 1, del TFUE*. No obstante, las empresas que deseen acogerse al *Artículo 101, apartado 3, del TFUE* aportarán su prueba para sostener que se cumplen con las condiciones necesarias.

De igual forma, las *Directrices* establecen normas generales para la evaluación de restricciones verticales; y proporcionan criterios para la evaluación de los tipos de restricciones verticales más comunes, tales como: marca única (obligaciones de no competir), distribución exclusiva, restricciones de los precios de reventa, entre otras.

La evaluación de una restricción vertical consta, por lo general, de los siguientes cuatro pasos:

- a) Las empresas implicadas deben establecer las cuotas de mercado del *manufacturero* y del *distribuidor* en el mercado, donde venden y compran respectivamente los productos objeto del contrato.

---

<sup>122</sup>*Comunicación de la Comisión de 10 de mayo de 2010, Directrices relativas a las Restricciones Verticales [SEC (2010) 411 final]*, Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/cc0007\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/cc0007_es.htm).

- b) Si la cuota de mercado pertinente del manufacturero y del distribuidor no exceden cada una del umbral del 30 %, será aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el Reglamento de Exención por Categorías, sin perjuicio de las restricciones especialmente graves, y de las restricciones excluidas en las condiciones establecidas en dicho reglamento.
- c) Si la cuota de mercado pertinente es superior al umbral del 30 % para el manufacturero o el distribuidor, debe evaluarse si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1.
- d) Si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1, debe examinarse, si cumple con las condiciones para la exención, con arreglo al artículo 101, apartado 3.

En otras palabras, los criterios para llevar a cabo la evaluación para determinar si un acuerdo vertical tiene el efecto de restringir la competencia, consisten en hacer una comparación de la situación de la empresas actual o la situación futura probable en el mercado de referencia, con respecto a las restricciones verticales, y con respecto a la situación que prevalecería de no existir dichas restricciones verticales. Esto quiere decir, que se toma en consideración escenarios actuales de los acuerdos verticales, y los comparan con los futuros, usando su respectiva cuota de mercado, al contrario de rechazarlo de entrada.

De manera que para evaluar los casos en que se supere el umbral de cuota de mercado del 30%, la *Comisión* efectuará un análisis completo desde el punto de vista de la competencia. Los siguientes factores son los más importantes a la hora de determinar si un acuerdo vertical, constituye una restricción apreciable a la competencia de conformidad con el *Artículo 101, apartado 1*:

- a) Naturaleza del acuerdo.
- b) Posición de mercado de las partes.
- c) Posición de mercado de los competidores.
- d) Posición de mercado de los compradores de los productos objeto del contrato.

- e) Barreras de entrada.
- f) Madurez del mercado.
- g) Nivel de comercio.
- h) Naturaleza del producto.
- i) Otros factores.

La importancia de cada factor puede variar según el caso, y depende de los demás factores. Por ejemplo, una elevada cuota de mercado de las partes constituye, por lo general, una clara indicación de poder de mercado, pero puede no ser un indicador fiable cuando las barreras de entrada son poco importantes. Por tanto, no es posible establecer normas estrictas sobre la importancia de cada factor de forma individual.

Además, los acuerdos verticales pueden revestir muchas formas. Es por tanto importante, analizar la naturaleza del acuerdo en términos de las restricciones que contiene, la duración de dichas restricciones, y el porcentaje de ventas totales en el mercado afectado por las restricciones. Se puede dar el caso que sea necesario ir más allá de los términos expresos del acuerdo. Por lo que, de la aplicación práctica del acuerdo y de los incentivos que tienen las partes pueden derivarse restricciones implícitas. En otras palabras, un acuerdo que está sujeto a interpretación podría impulsar otras restricciones verticales que no están expresamente contenidas en dicho acuerdo. Por eso es necesario, evaluar la aplicación de cada factor al referido acuerdo de restricción vertical.

También, la posición de mercado de las partes nos ofrece una indicación del grado de poder de mercado que tienen el fabricante, el distribuidor o ambos. Cuanto mayor sea su cuota de mercado, mayor será probablemente su poder de mercado. Así ocurre especialmente cuando la cuota de mercado refleja ventajas, en materia de costes u otras ventajas competitivas respecto de los competidores. Dichas ventajas competitivas pueden resultar por ejemplo, de ser empresa pionera en el mercado, tener el mejor sitio, etc., de tener patentes esenciales o de tener tecnología superior, de ser el líder de marca o de tener una cartera superior.

Dichos indicadores, a saber, la cuota de mercado y las posibles ventajas competitivas, se emplean para describir la posición de mercado de los competidores. Cuanto más fuertes y numerosos sean los competidores, menos peligro habrá de que las partes puedan ejercer individualmente su poder de mercado y excluir a alguien del mismo o reducir la competencia. Es también pertinente considerar, si hay otras estrategias contrarias efectivas y oportunas que podrían desplegar los competidores, tales como discriminación de precios, entre otras.

Sin embargo, si el número de competidores se reduce considerablemente y su posición de mercado (tamaño, costes, potencial de I+D) es similar a grandes rasgos, dicha estructura de mercado puede aumentar el riesgo de colusión. Por lo tanto, las cuotas de mercado fluctuantes o cambiantes son normalmente una indicación de la existencia de competencia.

Por su parte, las *barreras de entrada* vienen determinadas por la capacidad de las empresas, ya presentes en el mercado, de aumentar su precio por encima del nivel competitivo, sin provocar la entrada de otros competidores.

Por el contrario, en ausencia de *barreras de entrada*, la entrada fácil y rápida de otros competidores hace que tales incrementos en los precios no sean rentables. Cuando es probable que la entrada efectiva de competidores que impidan o dificulten el ejercicio de poder de mercado se produzca en el plazo de uno o dos años, cabe afirmar por regla general, que esas *barreras de entrada* son de escasa importancia, porque no se puede medir realmente el daño producido por éstas.

Inclusive, las *barreras de entrada* pueden ser el resultado de factores muy diversos: economías de escala y alcance, normativas vigentes, especialmente si establecen derechos exclusivos, ayudas estatales, aranceles de importación, derechos de propiedad intelectual e industrial, propiedad de recursos cuya oferta es limitada, por ejemplo, limitaciones naturales <sup>123</sup>, instalaciones fundamentales, ventaja como

---

<sup>123</sup>Decisión de la Comisión 97/26/CE, Asunto n° IV/M.619, *Gencor v. Lonrho*, DO L 11 de 14 de enero de 1997.

consecuencia de ser empresa pionera, y fidelidad de los consumidores a la marca conseguida haciendo mucha publicidad durante cierto tiempo.

Igualmente, las restricciones verticales y la integración vertical pueden también actuar como obstáculo a la entrada, por dificultar el acceso y excluir a competidores (potenciales). Los obstáculos a la entrada pueden estar presentes, sólo en el nivel de los manufactureros, en el de los distribuidores o en ambos.

Algunos de estos factores pueden considerarse como *barreras de entrada* en función particularmente, de si conllevan *costes irrecuperables*. Los *costes de publicidad* para obtener la fidelidad del consumidor, constituyen por lo general *costes irrecuperables*, a menos que la empresa, al abandonar el mercado, pueda vender su marca o utilizarla en otro mercado sin sufrir pérdidas.

Cuanto más *costes irrecuperables* haya, más cuidadosamente deberán sopesar los competidores potenciales el riesgo de entrar en ese mercado, y más creíbles serán las amenazas de los operadores ya establecidos, de contrarrestar su competencia; ya que los *costes irrecuperables* hacen muy gravoso para las empresas, ya establecidas, abandonar el mercado.

De igual forma, se denominan como *costes a fondo perdido*, los *costes* en que debe incurrirse a fin de entrar o mantenerse activo en un mercado, pero que se pierden al abandonar el mismo. Por ejemplo, si los distribuidores están vinculados a un manufacturero en virtud de obligaciones de no competencia, el efecto de exclusión será más acusado, si para el potencial participante, la creación de sus propios distribuidores supone incurrir en *costes a fondo perdido*. Por lo tanto, la competencia efectiva ya establecida generalmente es más eficaz y debe pesar más en el análisis de un asunto que la competencia potencial.

Por otro lado, el nivel de comercio guarda relación con la distinción entre bienes y servicios intermedios y finales. Los bienes y servicios intermedios se venden a empresas para ser utilizados como insumo, con vistas a producir otros bienes o

servicios, y por lo general, no pueden reconocerse en los bienes o servicios finales. Inclusive, los distribuidores de productos intermedios suelen ser clientes bien informados, capaces de reconocer la calidad, y por lo tanto, menos influidos por cuestiones como la marca e imagen. Mientras que los bienes finales se venden, directa o indirectamente, a los consumidores finales, que a menudo, se fijan más en la marca y la imagen.

Habida cuenta de que los distribuidores (minoristas, mayoristas) deben 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 distribuidores de productos intermedios el acceso a los productos de los competidores de determinadas fuentes de suministro.

En resumidas cuentas, después de evaluar el acuerdo vertical, se miden los efectos anticompetitivos apreciables que son probables, cuando al menos una de las partes tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado; y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado, o permite a las partes valerse del mismo. Esto quiere decir, que se toma en consideración como un factor determinante para aceptar el acuerdo vertical que tenga un poder de mercado y qué tan fuerte es.

Sin embargo, las restricciones verticales tienen *consecuencias negativas* para el mercado; y la normativa de competencia de la *Unión Europea* pretende evitar las siguientes:

- 1) Exclusión contraria a la competencia de otros manufactureros o distribuidores.
- 2) Relajación de la competencia y facilitación de la colusión entre el manufacturero y sus competidores.
- 3) Relajación de la competencia entre el manufacturero y sus competidores, y facilitación de la colusión.
- 4) Creación de obstáculos a la integración de mercados.

Mediante el uso de los acuerdos verticales, existe la posibilidad de que en un mercado en el que los distribuidores individuales distribuyen la marca o marcas de un único manufacturero; vayan a tener precios uniformes y se vea una reducción de la competencia entre los distribuidores de la misma marca, que supondrá la reducción de la *competencia intramarca*.

No obstante, si la competencia intramarca es muy fuerte es poco probable que una reducción de la competencia *intramarca*, tenga efectos negativos para los consumidores; debido a que las empresas se esforzarán invirtiendo en mayores gastos de publicidad para tratar de capturar gran parte del mercado, ofreciéndole al consumidor servicios adicionales e innovadores.

Las restricciones verticales relativas a los productos que no tienen marca son, por lo general, menos perniciosas que las que afectan a la distribución de productos de marca. Esto ocurre debido a que los productos genéricos son usualmente menos onerosos y más fácil de adquirir, y la competencia entre los mismos es mucho menor.

En fin, es importante reconocer que las restricciones verticales pueden tener *consecuencias positivas* cuando, en particular, fomentan la competencia en aspectos distintos de los precios, porque mejoran la calidad de los servicios y ofrecen servicios adicionales e innovadores a los consumidores.

Además, la *eficiencia dinámica* es mayor para las restricciones verticales de duración limitada, que contribuyen a la introducción de nuevos productos complejos, protegen las inversiones destinadas a determinadas relaciones o facilitan la transferencia de conocimientos. Esto quiere decir, que los acuerdos que se suscriben con una duración corta o limitada, tienen efectos positivos para la competencia ya que promueven el progreso técnico y la innovación.

### A. Conclusiones y Análisis:

La legislación de la *Unión Europea* se enfoca en el concepto de la *Libre Competencia*. La *Libre Competencia* está basada fundamentalmente en la libertad de elección, tanto del consumidor como de las empresas.

El *Artículo 81 del Tratado de Roma* era la antigua legislación de la *Unión Europea* que se dedicaba a velar por la libre y justa competencia en el mercado, en lo concerniente a los acuerdos de *Fijación de Precios*. El *Artículo 81* prohibía explícitamente los acuerdos, y las prácticas concertadas. Los “acuerdos” pueden tomar la forma de un “*contrato común*” por escrito o bien pueden ser acuerdos entre caballeros, consensuales, informales, y verbales.

Desde entonces, se ha cambiado en varias ocasiones el nombre del *Tratado de Roma* conociéndose, como el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. El *Artículo 101* de dicho tratado, dispone que serán incompatibles con el mercado interior, y quedarán prohibidos 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 interior.

Los acuerdos verticales más importantes que se deben destacar son los siguientes: fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta, u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales, para adquirir prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza, o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Sin embargo, las disposiciones podrán ser declaradas inaplicables a cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos; o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios, una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables, para alcanzar sus objetivos; ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia, respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Cuando no exista alguna razón que justifique la conducta alegadamente anticompetitiva, la *Comisión Europea* podrá imponerle a las empresas y asociaciones de empresas, multas de hasta un 10 % del volumen de negocios total realizado, cuando cometan una infracción de las disposiciones de los *Artículos 101 o 102 (81 u 82)* del Tratado; cuando contravengan una decisión que ordene *medidas provisionales o medidas cautelares* hasta que se dicte sentencia judicial; o cuando no respeten un compromiso hecho obligatorio por una decisión de la Comisión.

También, la *Comisión* podrá imponer a las empresas y asociaciones de empresas, multas coercitivas de hasta un 5 % del volumen de negocios diario medio realizado durante el ejercicio social anterior, por cada día que se hayan retrasado; a partir de la fecha fijada en su decisión para poner fin a una infracción. Igualmente, se le puede imponer a las empresas dicha multa para que obedezcan una decisión que le impute medidas provisionales, y un compromiso hecho obligatorio.

Además, el *Artículo 260* del *TFUE* dispone que la *Comisión* puede presentar un recurso ante el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, para que declare que un *Estado Miembro* ha incumplido con una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados. Dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas que sean necesarias para la ejecución de la sentencia del *Tribunal*.

Entonces, si la *Comisión* estimare que el *Estado Miembro* afectado, no ha adoptado las medidas que son necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá también someter el asunto al *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, pero después de haber ofrecido a dicho Estado, la posibilidad de presentar sus observaciones.

Por el contrario, si el *Estado Miembro* no aprovecha la oportunidad de presentar evidencia que le fue ofrecida, la *Comisión* indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el *Estado Miembro* afectado, y que considere adaptado a las circunstancias de su caso en particular. Luego, si el Tribunal declara que el *Estado Miembro* en efecto ha incumplido con su sentencia, podrá imponerle el pago de multa.

Por otro lado, la *Política de Indulgencia* consiste en recompensar a aquellas empresas que formando parte de un cártel, informen a la *Comisión Europea* de la existencia de éste. La *Comisión* dispone de un número de teléfono especial, para las empresas que quieran admitir su participación en dicho cártel.

La notificación a la *Comisión* o "*Comisión Notice*" ofrece inmunidad en relación a todas las multas que le puedan imponer a toda empresa, que colabore con la *Comisión* en el descubrimiento de un *cártel*, y si divulga su participación en el alegado *cártel*.

Tal empresa debe ser la primera en someter información y evidencia, que desde el punto de vista de la *Comisión*, le va a permitir llevar a cabo una inspección en conexión con el alegado *cártel*, o encontrar una infracción del *Artículo 101 (81) del Tratado de Roma*. La colaboración con la *Comisión*, también se gratifica con reducciones en las multas. El sistema es el siguiente:

- Si la empresa no es la primera en denunciar el *cártel*, la reducción es del 50% en la multa.
- Si la empresa coopera con la *Comisión* reconociendo su culpabilidad, la reducción es del 10% en la multa.

- Si una vez abierta la investigación, la empresa provee información suplementaria, se reduce de entre el 20%-30% en la multa.

Por su parte, los acuerdos de restricciones verticales tienen efectos que son a favor de la competencia. Los economistas distinguieron los siguientes: (a) los ahorros obtenidos por la mayor integración de los mercados que estos acuerdos propician; (b) los ahorros que genera la reducción de los costos de operación a que estas restricciones pueden conducir, y (c) la reducción de los costos de información en el mercado que origina la uniformidad propiciada por ciertos acuerdos dentro de cada marca.

La *Unión Europea* tomó en consideración todos los efectos positivos que tienen los acuerdos verticales hacia la competencia, y utilizó un enfoque diferente que llevó a la creación de varios reglamentos donde se promueven exenciones para dichos acuerdos verticales. Según *JULIO PASCUAL Y VICENTE*, este nuevo enfoque se compone de dos importantes textos en el ámbito general. El primero es el *Reglamento de la Comisión de Exención por Categorías para las Restricciones Verticales de 22 de diciembre de 1999*, y el segundo es la *Comunicación de la Comisión sobre “Directrices Relativas a las Restricciones Verticales”*, publicada el 13 de octubre de 2000.

El apartado 2 del Art. 1 del *Reglamento de la Comisión de Exención por Categorías para las Restricciones Verticales de 22 de diciembre de 1999*, indica que la exención será aplicable a los acuerdos verticales entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus manufactureros, siempre que todos los miembros sean distribuidores: minoristas o detallistas, y ninguno de ellos tenga un volumen global de negocios superior a 50 millones de euros, incluyendo en esta cifra las empresas vinculadas.

Por el contrario, el apartado 4, regula la exención de las restricciones verticales entre los competidores, estableciendo que si en un principio la exención no es aplicable a éstos, luego *sí lo será*, cuando las empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco, y cuando concurren algunas de las siguientes situaciones: el volumen de negocios global del comprador no exceda 100 millones de euros al año; o

que el manufacturero sea un fabricante y distribuidor de bienes, y el distribuidor no fabrique dichos bienes, compitiendo sólo con los bienes del contrato; o el manufacturero suministre servicios a los distintos niveles del comercio, y el distribuidor no suministre dichos servicios competitivos en el nivel del comercio, donde se adquieren los servicios contractuales.

En lo referente, a la *Lista Negra de Restricciones*, el Art. 4 del reglamento, decreta la *no aplicación* de dicho reglamento a los acuerdos verticales, o sea que no fomenta los acuerdos que directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores, bajo el control de las partes, tengan por objeto crear restricciones, en la facultad del distribuidor de fijar el precio de venta.

Otro tipo de legislación promulgada por la *Unión Europea*, para regular los acuerdos o restricciones verticales, consiste en las *Directrices* que se publicaron, en una *Comunicación de la Comisión del Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, el 13 de octubre del año 2000.

Una de las directrices es el *Reglamento de Exenciones por Categorías*. Dicho Reglamento establece una presunción de legalidad de los acuerdos verticales, en función de la *cuota de mercado* del manufacturero o el distribuidor.

Para ello, se utiliza la cuota del manufacturero o del distribuidor del mercado en que vende el bien o servicio objeto del contrato. Dicha cuota, no podrá ser superior al umbral de 30 por 100. Como excepción a dicho umbral, se determinó que el acuerdo debe incluir una obligación de suministro exclusivo entre el manufacturero y el distribuidor. Si no hay dicha obligación, se tiene que aplicar la prohibición de que la cuota del distribuidor en el mercado, no puede superar el umbral del 30 por 100.

El Art. 4. a) del *Reglamento de Exención por Categorías* también considera como una restricción especialmente grave, el *Mantimiento del Precio de Reventa (MPR) o Fijación de Precios*. Es decir, cualquier acuerdo o práctica concertada cuyo

objeto directo o indirecto, sea el establecimiento de un precio de reventa, fijo o mínimo, al que deba ajustarse el comprador.

Sin embargo, los acuerdos de *Fijación de Precios* también puede lograrse por medios indirectos. Por lo tanto, las *Directrices* se ocupan de destacar, como ejemplos y sin carácter exhaustivo diversas modalidades indirectas de hacerlo. Éstos son los siguientes: los acuerdos de *Fijación de Precios* por los que se fija el margen de distribución; los que fijan el nivel máximo de descuento que el distribuidor puede conceder, a partir de un determinado nivel establecido de precios; los acuerdos que subordinan a la observancia de un determinado nivel de precios la concesión de descuentos, o la devolución por el proveedor de los costos promocionales; los que vinculan el precio establecido de reventa a los precios de reventa de los competidores; las amenazas, intimidaciones, advertencias, multas, retrasos o suspensión de entregas o resoluciones de contratos, en relación con la observancia de un determinado nivel de precios.

Colectivamente, las *Directrices* señalan la forma en que los medios directos o indirectos de *Fijación de Precios* serán aceptados, y para ser más eficaces, particularmente, si se combinan con *medidas* que sean destinadas a identificar a otros distribuidores que rebajan los precios, sin tener en cuenta regulación alguna. Además, resaltan la implantación de un sistema de control de precios, o la obligación impuesta a los distribuidores de delatar a los otros miembros de la red de distribución que se desvíen del nivel de precios fijado.

Las *Directrices* advierten que si un *acuerdo de agencia* entra en el ámbito de aplicación del *Art. 81.1 del Tratado de Roma*, toda cláusula de dicho acuerdo que impida al agente repartir su comisión fija o variable con el cliente, ya sea mediante la imposición de restricciones al respecto, por parte de un manufacturero; constituirá una restricción especialmente grave con arreglo al *Art. 4 (a) del Reglamento de Exención por Categorías*. Por lo que, la *Comisión* estima que debería de darse plena libertad al agente, para reducir el precio que va a ser pagado por el cliente, sin disminuir los ingresos del principal.

Por otro lado, la *Comisión* declara que no se presumirá la ilegalidad de los acuerdos verticales, que no sean incluidos en el ámbito de aplicación del *Reglamento de Exención por Categorías*. En otras palabras, se admite la posibilidad de que hayan de ser analizados individualmente. Por esa razón, se alienta a las empresas que aunque no notifiquen previamente, sobre la existencia de dichos acuerdos prohibidos, como quiera lleven a cabo su propia evaluación para ver si sus acuerdos podrían ser exentos posteriormente.

En caso de que la *Comisión* proceda a realizar un análisis individual, recaerá sobre ella el peso de probar, si un acuerdo infringe lo dispuesto por el *Art. 81.1 del Tratado de Roma*. Entonces, si se prueba la existencia de los efectos que sean apreciables y contrarios a la competencia, las empresas podrán demostrar las supuestas eficiencias, y explicar el por qué un determinado sistema de distribución podría producir los beneficios pertinentes para la exención, conforme a lo dispuesto en el *Art. 81.3*.

La presunción de legalidad que confiere el *Reglamento de Exención por Categorías* a un acuerdo vertical, puede ser retirada si se considera que tal acuerdo aisladamente o en conjunto con otros similares, llevados a cabo por los fabricantes o distribuidores competidores, entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del *Art. 81 del Tratado de Roma*.

En las *Directrices*, se dispone que la retirada de la inaplicabilidad puede darse si un fabricante o un distribuidor, como es el caso de los acuerdos exclusivos de suministro que poseen una cuota de mercado no superior al 30 por 100; toman parte en un acuerdo vertical que no genera ventajas objetivas, ni compensa los perjuicios que ocasiona a la competencia.

Especialmente, se puede retirar la aplicabilidad del reglamento cuando existe un acuerdo vertical que no genera beneficios en la distribución de bienes a los usuarios finales, y que a menudo éstos se encuentran en una posición mucho más débil que los distribuidores profesionales de bienes intermedios.

En virtud de lo dispuesto por el Art. 7 del *Reglamento de Exención por Categorías*, la *Autoridad Competente de un Estado Miembro* también puede retirar el beneficio de la exención de los acuerdos verticales, cuyos efectos sean contrarios a la competencia. Siempre y cuando, éstos se dejen sentir en el territorio del Estado en cuestión, o en una parte del mismo que tenga las características de un mercado geográfico específico.

Sin embargo, cuando un *Estado Miembro* no posee las normas que facultan a su propia *Autoridad Nacional de Competencia*, ya sea para aplicar la normativa comunitaria de competencia, o al menos para retirar el beneficio del *Reglamento de Exención por Categorías*, tal Estado puede solicitar a la *Comisión* que inicie un procedimiento a tal efecto.

Cuando el territorio de un único *Estado Miembro* o una parte del mismo, constituye un *mercado geográfico de referencia*, la *Comisión* y el *Estado Miembro* poseen competencia concurrente, para retirar dicho beneficio del *Reglamento de Exención por Categorías*.

Lo cual implica, que las *Autoridades Nacionales de Competencia de cada Estado Miembro* han de llevar a cabo su propia evaluación con arreglo al Art. 81 del *Tratado de Roma*, y a la luz de los criterios pertinentes del *Tribunal de Justicia*, el *Tribunal de Primera Instancia*, de la *Comisión*, y de sus propias comunicaciones y decisiones internas.

Los acuerdos de restricciones verticales poseen efectos positivos. Las *Directrices* reconocen los siguientes efectos positivos para la competencia: resuelven el problema del “*parasitismo*”; abren nuevos mercados o se introducen en ellos; evitan el parasitismo de “*certificado*”; resuelven el problema de la “*cautividad*”; resuelven el problema de la cautividad con la “*transferencia de conocimientos técnicos sustanciales*”; aprovechan economías de escala en la distribución; resuelven las imperfecciones del mercado de capitales; promueven la uniformidad y normalización de la calidad.

Estos posibles efectos positivos sostienen que en determinadas condiciones es probable que los acuerdos verticales, contribuyan a potenciar la eficiencia y el desarrollo de los nuevos mercados, compensando los posibles efectos negativos.

La *Comisión* señala que en términos generales, se han de apoyar los acuerdos de restricciones verticales de duración limitada, que contribuyan a la introducción de nuevos productos complejos, o a proteger las inversiones destinadas a determinadas relaciones. Añade la *Comisión*, que en ocasiones los acuerdos de restricciones verticales son necesarios, siempre que el manufacturero venda su producto al distribuidor.

Las *Directrices* formulan un decálogo de normas generales, para la evaluación de los acuerdos de restricciones verticales, desde el punto de vista de la política de competencia. Los más importantes que debemos conocer son los siguientes:

Sexta: determinadas combinaciones de acuerdos de restricciones verticales son más beneficiosas para la competencia, si se aplican aisladamente, porque contribuyen al progreso técnico, entre otros beneficios.

Octava: cuando más transferencia de tecnología implique un acuerdo de restricción vertical, más motivos habrá para esperar eficiencia de éste; y más necesario será el mismo para proteger los conocimientos técnicos transferidos o los costos de la inversión efectuados.

Novena: un acuerdo de restricción vertical destinado a proteger la inversión de una relación contractual entre las empresas, estará tanto más justificado cuando mayor sea la conexión entre la restricción vertical y la inversión específica. Su duración dependerá de la depreciación de la inversión.

Décima: la *Comisión* considera que por lo general, los acuerdos de restricciones verticales relacionadas con la apertura de nuevos mercados de productos o mercados geográficos, no restringen la competencia.

Las *Directrices* establecen con carácter general, cuatro etapas sucesivas para la evaluación de un acuerdo de restricción vertical: la definición del mercado relevante por las empresas interesadas, y el cálculo de la cuota de mercado que corresponda del manufacturero o distribuidor en función del acuerdo de restricción vertical de que se trate; si la cuota del mercado pertinente no excede el umbral de un 30 por 100, será aplicable al acuerdo vertical, lo dispuesto en el *Reglamento de Exención por Categorías*, sin perjuicio de las restricciones especialmente graves y las condiciones establecidas en este reglamento.

Sin embargo, si la cuota de mercado pertinente excede del umbral del 30 por 100, debe evaluarse si es aplicable al acuerdo vertical, lo dispuesto en el apartado 1 del Art. 81; y debe examinarse si el mismo cumple con las condiciones para la exención con arreglo al apartado 3 del Art. 81.

Para ello, la *Comisión* hará un análisis extenso de la competencia y tomará en cuenta al menos, los factores seguidamente indicados y según el caso la importancia de cada factor dependerá de los demás: la posición de mercado del manufacturero, determinable a partir de su cuota de mercado y las ventajas competitivas de que disponga; la posición de mercado de los competidores, que se estimará a partir de los mismos elementos; la posición de mercado del distribuidor y otros relativos a su posición en las fases posteriores de mercado; los obstáculos a la entrada, para cuya estimación se tendrán en cuenta los costos hundidos de la actividad.

Por el contrario, la *Comisión* antepone en las evaluaciones individuales, su atención a la competencia real, con preferencia a la competencia potencial; se evalúa la madurez del mercado en cuanto a los efectos negativos de un acuerdo de restricción vertical, o sea que estos efectos son más probables en los mercados maduros; el nivel de comercio que se distingue entre los bienes y servicios intermedios y finales; considerando que los efectos negativos son en general, menos probables en el nivel de los productos intermedios.

Otros factores que se evalúan son el efecto acumulativo, la duración, la certeza de la naturaleza concordataria del acuerdo de restricción, el entorno reglamentario o la existencia de circunstancias procolusorias.

Adicionalmente, las *Directrices* distinguen otros dos supuestos: primero, que el fabricante o el distribuidor tengan una posición dominante en el mercado o que vayan a alcanzarla como consecuencia del acuerdo vertical; segundo, que esa posición dominante no exista ni vaya a alcanzarse por medio del acuerdo vertical.

Estos acuerdos verticales que poseen eficiencias deben justificarse y producir un efecto o beneficio positivo neto, advirtiéndose que no se admitirán “*afirmaciones especulativas*”, sobre la prevención del *parasitismo* o “*declaraciones genéricas*” sobre el ahorro de costos. Además, los beneficios económicos deben favorecer no sólo a las partes del acuerdo, sino también al consumidor. Finalmente, habrá que garantizar que para obtener determinados efectos positivos, se debe optar por la restricción que sea la menos anticompetitiva.

Las *Directrices* reconocen que la práctica de recomendar un precio de reventa a un distribuidor; o exigirle que respete un precio de reventa máximo está cubierta por el *Reglamento de Exención por Categorías*, cuando la cuota de mercado del fabricante no excede del umbral del 30 por 100.

El factor más importante para evaluar los efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados es la posición de mercado del *manufacturero*. Esto quiere decir que cuanto más fuerte sea ésta, mayor será el riesgo de uniformidad de los precios de los distribuidores. El segundo factor más importante para evaluar los efectos anticompetitivos de los precios de reventa máximos o recomendados, es la posición de mercado de los *competidores*.

La *Comisión* ha adoptado el *Reglamento (UE) n° 330/2010, Reglamento de Exención por Categorías (REC)*, que proporciona una protección a la mayoría de acuerdos verticales.

La exención prevista en el apartado 1 de dicho reglamento, se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus manufactureros, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas; y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas, tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año. En otras palabras, el reglamento para poder autorizar los acuerdos verticales impone como requisito, la cantidad de volumen de negocios de 50 millones de euros al año, y que todos los operadores sean minoristas.

El *REC* convierte en inaplicable el *Art. 101* a los acuerdos verticales, que cumplan con determinados requisitos. El primer requisito es que el acuerdo no contenga ninguna de las *restricciones especialmente graves* establecidas en el *REC*. El segundo requisito es que tenga un *límite máximo de cuota de mercado* del 30%, tanto para los manufactureros como los distribuidores. El tercero es que el *REC* contenga condiciones relativas a las tres *restricciones específicas*.

El *REC* contiene varias restricciones especialmente graves, que convierten el beneficio del *REC* en inaplicable, aunque la cuota de mercado del manufacturero y del distribuidor sean inferiores al 30%. Por lo que, se consideran restricciones especialmente graves, las restricciones de competencia que sean severas, por el posible daño que pueden causar a los consumidores. Una de las *restricciones especialmente graves* se refiere al mantenimiento de los precios de reventa o *Fijación de Precios*.

En particular, el *REC* no se aplicará si la cuota de mercado del manufacturero o del distribuidor supera el 30%. Sin embargo, superar el umbral de la cuota de mercado del 30% no crea una presunción de ilegalidad automática. Este umbral sólo sirve para distinguir los acuerdos que se benefician de una presunción de legalidad, de los que requieren un examen individual.

De igual manera, cuando una cuota de mercado no supera inicialmente el umbral del 30%, pero se incrementa a posteriori sin exceder de un 35%, la exención prevista seguirá aplicándose, durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 30%.

De la misma forma, si volviera a suceder que una cuota de mercado no supere inicialmente el 30%, pero se incremente a posteriori por encima del 35%, la exención prevista seguirá aplicándose durante un año natural a contar a partir del año, en que se sobrepase por primera vez el umbral del 35%.

Con arreglo al artículo 1 *bis* del *Reglamento no. 19/65/CEE*, la *Comisión* podrá declarar mediante otro reglamento adicional, la no aplicación de este *Reglamento n° 330/2010*, cuando existan redes paralelas de restricciones verticales similares, que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia.

Por lo tanto, las *Directrices de Comunicación de la Comisión del 10 de mayo de 2010*, se constituyeron para ayudar a las empresas a llevar a cabo un examen individual. Cuando la *Comisión* realice un examen individual, ésta asumirá la carga de la prueba de que el acuerdo en cuestión infringe el *Artículo 101, apartado 1, del TFUE*. Además, las empresas que deseen acogerse al *Artículo 101, apartado 3, del TFUE* aportarán su prueba para sostener que se cumplen con las condiciones necesarias.

La evaluación para determinar si un acuerdo vertical tiene el efecto de restringir la competencia, se hará haciendo una comparación de la situación actual o la situación futura probable en el mercado de referencia, con las restricciones verticales, y con respecto a la situación que prevalecería de no existir dichas restricciones verticales.

De manera que para evaluar los casos en que se supere el umbral de cuota de mercado del 30%, la *Comisión* efectuará un análisis completo desde el punto de vista de la competencia. Los siguientes factores son los más importantes a la hora de determinar si un acuerdo vertical, constituye una restricción apreciable a la competencia de conformidad con el *Artículo 101, apartado 1*: a) Naturaleza del acuerdo; b) Posición de mercado de las partes; c) Posición de mercado de los competidores; d) Posición de mercado de los compradores de los productos objeto del contrato; e) Barreras de entrada; f) Madurez del mercado; g) Nivel de comercio; h) Naturaleza del producto; i) Otros factores.

Por su parte, las *barreras de entrada* vienen determinadas por la capacidad de las empresas, ya presentes en el mercado, de aumentar su precio por encima del nivel competitivo, sin provocar la entrada de otros competidores. Inclusive, las *barreras de entrada* pueden ser el resultado de factores muy diversos: economías de escala y alcance, normativas vigentes, especialmente si establecen derechos exclusivos, ayudas estatales, aranceles de importación, derechos de propiedad intelectual e industrial, propiedad de recursos cuya oferta es limitada, por ejemplo, limitaciones naturales, instalaciones fundamentales, ventaja como consecuencia de ser empresa pionera, y fidelidad de los consumidores a la marca conseguida haciendo mucha publicidad durante cierto tiempo.

Igualmente, las restricciones verticales y la integración vertical pueden también actuar como obstáculo a la entrada, por dificultar el acceso y excluir a competidores (potenciales). Los obstáculos a la entrada pueden estar presentes, sólo en el nivel de los manufactureros, en el de los distribuidores o en ambos.

Entonces, después de evaluar el acuerdo vertical, se miden los efectos anticompetitivos apreciables que son probables, cuando al menos una de las partes tiene u obtiene cierto grado de poder de mercado, y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder de mercado o permite a las partes valerse del mismo.

En fin, es importante distinguir que las restricciones verticales pueden tener *consecuencias positivas* cuando, en particular, fomentan la competencia en aspectos distintos de los precios y mejoran la calidad de los servicios. En general, la eficiencia es mayor para las restricciones verticales de duración limitada, que contribuyen a la introducción de nuevos productos complejos, protegen las inversiones destinadas a determinadas relaciones o facilitan la transferencia de conocimientos.

En síntesis, se puede percibir que la *Unión Europea* está siguiendo una posición mucho más flexible, a la hora de evaluar los acuerdos verticales de *Fijación de Precios*. Están tomando en consideración todos los efectos positivos para el mercado, antes de

rechazar de plano dichos acuerdos. En otras palabras, están utilizando el concepto de *Libre Competencia* que se promueve en la misma *Escuela Austríaca*. Esto quiere decir, que se permiten los acuerdos de *Fijación de Precios Verticales* siempre y cuando, aporten beneficios al mercado, y no restrinja la entrada de la competencia.

También, se puede percibir en su legislación el concepto de competencia *Efectiva o Practicable*, ya que permite una participación competitiva entre los agentes económicos, entiéndase los manufactureros y distribuidores; con el fin de servir una porción determinada del mismo mercado. Este concepto utiliza el mejoramiento de la oferta en calidad y precio, en beneficio del consumidor. Además, promueve los acuerdos de *Fijación de Precios*, siempre que aporten algo positivo a la competencia.

Inclusive, se ha visto reflejada la posición de *Kirzner*, cuando en sus disposiciones toman en consideración el hecho de que los acuerdos de *Fijación de Precios*, no le deben imponer restricciones adicionales a la competencia e impedir la entrada a los nuevos competidores que traen ideas innovadoras.

En otras palabras, la jurisdicción de la *Unión Europea* promueve que las empresas posean una *competencia dinámica alta*, ya que suelen traer una importante mejora del nivel de orientación al cliente, mediante la puesta en práctica de innovaciones, mejoras de precio, ventajas de producto o agilidad en la satisfacción de sus necesidades. Entonces, dichas empresas no deben añadir más restricciones de las necesarias al mercado, para que haya una libre entrada de otros competidores, que pueden aportar a la mejoría de la competencia, aunque sus acuerdos verticales parezcan colusivos.

En fin, al no prohibirse los acuerdos de *Fijación de Precios* de forma automática, se puede percibir el uso indirecto de la *Regla de la Razón* para evaluar dichos acuerdos, cuando se aplican los *Reglamentos de Exención por Categorías y las Directrices*. Por lo que, el uso de la *Regla de la Razón* para evaluar los beneficios de los acuerdos de *Fijación de Precios* y *los cárteles* está permitido en la jurisdicción de la *Unión Europea*. Lo que no se acepta, es que con estos acuerdos exista la posibilidad eliminar por completo la entrada de la competencia y la innovación.



## CAPÍTULO VII

### LA FIJACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO DEL DERECHO ESPAÑOL:

#### **A. Historia:**

El 13 de septiembre de 1923, el *Capitán General Miguel Primo de Rivera* dio un *Golpe de Estado* al gobierno de *España*, y creó un régimen político de *Dictadura*, hasta su dimisión el 28 de enero de 1930. Un *Golpe de Estado* se define como la toma del poder político, de un modo repentino y violento, por parte de un grupo de poder, vulnerando la legitimidad institucional establecida en un Estado.

Mientras que la *Dictadura* se conoce como la forma de gobierno en la cual el poder se concentra en torno a la figura de un solo individuo (*dictador*) o élite, generalmente a través de la consolidación de un gobierno *de facto* o de hecho, que se caracteriza por una ausencia de división de poderes; una propensión a ejercitar arbitrariamente el mando en beneficio de la minoría que lo apoya; la independencia del gobierno respecto a la presencia o no de consentimiento por parte de cualquiera de los gobernados, y la imposibilidad de que a través de un procedimiento institucionalizado la oposición llegue al poder.

Por otro lado, los esfuerzos de *Primo de Rivera* suministraron una regeneración y un inmenso progreso de la economía española. Además, estabilizó la situación política durante un largo período. En dicho período, se constituyeron una serie de monopolios o acuerdos de control del comercio, que no fueron combatidos en la primera época de *Franco*.

Además, *Primo de Rivera* flexibilizó la *autarquía*<sup>124</sup>. La *autarquía* es un término que indica la condición de las personas, lugares, mecanismos, sociedades, sistemas industriales o naciones que luchan por su auto-abastecimiento. Esto quiere decir, que este líder fomentó la autosuficiencia para cultivar un estilo de vida, en el cual la persona

---

<sup>124</sup>*Autarquía*, Disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/dic/bzm/a/autarquia.htm>. (2014).

se desliga del sistema social en el que está inmerso, y que por sí mismo pueda satisfacer sus necesidades básicas. Como medios para una supervivencia autosuficiente, los individuos y los grupos van desde, por ejemplo, producir sus propios alimentos, hasta condiciones más extremas, como alejarse de los demás. De igual forma, una *comunidad autárquica* es aquella con suficientes recursos económicos que no dependen significativamente de los intercambios con agentes ajenos a ésta, donde se produce lo suficiente para auto abastecerse y auto determinar su modo de vida; tal situación es más factible que ocurra en organizaciones poco complejas.

Más tarde, se suscribieron acuerdos entre las bases militares de *España* y *Estados Unidos* en el año 1953. Mediante dichos acuerdos, el *Gobierno Español* se comprometió a desalentar *las prácticas y arreglos comerciales* que tengan un carácter *de monopolio o cártel*, de los que resulte una restricción de la producción o un aumento de los *precios*, o que ponga trabas al comercio internacional.

De acuerdo a J.M. BENEYTO Y J. MAILLO,<sup>125</sup> en el año 1963, en cumplimiento con los acuerdos adquiridos de los *Estados Unidos* y gracias a su asistencia técnica, se promulgó la *Ley 110/1963, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*<sup>126</sup>. Ésta fue la primera legislación española en defensa de la competencia.

Dicha legislación contemplaba dos supuestos genéricos de prácticas restrictivas: las colusorias y el abuso de las empresas con dominio del mercado. Igualmente, establecía la posible imposición de multas por diversos motivos: por infracciones de tipo formal, tales como la omisión de cumplir con el deber de registro de las prácticas exceptuables o exentas, y por la falta de inscripción de las operaciones de concentración o agrupación de empresas por encima del umbral. Por esta razón, el Tribunal podía imponer unas multas de 5.000 a 100.000 pesetas.

<sup>125</sup> Cfr. BENEYTO, J. M. (Dir.) y MAILLO, J. (Coord.): *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Editorial Bosch, Barcelona, (2005).

<sup>126</sup> *Ley 110/1963, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, BOE-A-1963-14051, «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 1963, páginas 11144 a 11152 (9 págs.) Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1963-14051](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1963-14051).

De igual forma, la desobediencia de las advertencias u órdenes del Tribunal podía ser castigada por la jurisdicción ordinaria. En el caso de persistencia de la infracción, el Gobierno podía imponer una multa continuada de 1.000 a 50.000 pesetas, por cada día en que persistiera dicha infracción.

Además, dicha legislación excluía de su aplicación las situaciones de restricción de la competencia expresamente establecidas, por el ejercicio de las potestades administrativas en virtud de una disposición legal; y las prácticas de empresarios agrícolas siempre que no incluyeran la obligación de aplicar un precio determinado.

Inclusive, la Ley preveía la declaración por el Tribunal de una *práctica exceptuable*, que tenía que publicarse en el *BOE (Boletín Oficial del Estado)*, e inscribirse en el *Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia*. El *Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia* es un registro público en el que se inscriben algunos de los datos suministrados en la notificación de práctica exceptuable. La utilidad se basa en la creencia que la publicidad puede servir hasta cierto punto de medio disuasorio, para hacer desistir a las empresas de realizar prácticas comerciales restrictivas; y dar ocasión asimismo, a las personas afectadas por tales prácticas de informarse acerca de ellas.

En los primeros tiempos, en las solicitudes de declaración de práctica exceptuable denegadas, el Tribunal a veces hacía referencia a la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria, pudiera castigar la continuación de la práctica declarada como prohibida. Esta práctica se puede apreciar en la *Sentencia de la Sección Segunda de 17 de octubre de 1966, (Distribuidora de Corchos de Trituración)*, confirmada por *Sentencia del Pleno de 8 de marzo de 1967*.

Posteriormente, el Tribunal hizo uso del apercibimiento sobre la posibilidad de imponer multas continuadas, en el caso de que no cesaran las prácticas declaradas como prohibidas. Así lo hizo, en la *Sentencia de la Sección Segunda de 25 de abril de 1968* en el caso de *Gases Industriales*, y en la *Sentencia de la Sección Primera de 31 de enero de 1968, "Aceite"* por la unificación del precio de los aceites de oliva envasados en la

provincia de *Santander*. También, se propuso que si el *Consejo de Ministros* lo estima procedente, puede imponer a las mencionadas empresas una sanción económica. Dicha Sentencia fue confirmada por la del *Pleno del Tribunal de 29 de marzo de 1968*.

Por otra parte, cuando el foro sentenciador era el mismo Tribunal, las “*sentencias*” de los casos relacionados a la competencia, podían recurrirse en súplica o revisión ante el Pleno. Por el contrario, las sentencias del Pleno no admitían recurso alguno. Ante esa situación, se estableció la vía contenciosa administrativa para la revisión de los recursos radicados en contra de las sanciones impuestas.

En los comienzos de la aplicación de la nueva *Ley 110/1963*, se tardaron muchos años en proponerle al *Consejo de Ministros*, la imposición de multas por conductas que fueran contrarias a la competencia. El *Consejo de Ministros* o *Gabinete* en un sentido institucional, parte del poder ejecutivo de un Gobierno; y designa al conjunto de los *Ministros y su Presidente o Primer Ministro*, que componen el poder ejecutivo de un Estado, funcionando como un órgano colegiado.

Dicho Consejo podía imponer una multa por cometer las prácticas declaradas como prohibidas, teniendo en cuenta el perjuicio causado a la economía nacional; que no fuera superior al 10% del valor facturado por las ventas, durante el período de duración de la práctica prohibida. En los casos en que no se pudiera aplicar la regla del volumen de ventas, se podía aplicar hasta un 30% del valor de las mercancías o servicios afectados por dicha práctica. Pero, no se establecía ningún obstáculo legal a las concentraciones de empresas.

En otras palabras, se carecía de un sistema estructurado que contara con los instrumentos adecuados, para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado; regulando dichas concentraciones de empresas y que no interviniera de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales.

Por otro lado, en esa época ya se contemplaba el *Derecho de Consumo*<sup>127</sup> como un derecho especial, ya como una particular rama del derecho, o como una simple categoría funcional, lo cierto y práctico es que no parece que sea condenable la tendencia de tratar conjuntamente todas las reglas que se refieran a la condición jurídica de las personas en una determinada situación social, como es el caso de los llamados *consumidores y usuarios*<sup>128</sup>.

Y tampoco debemos desdeñar las ventajas que entraña el estudio de la normativa que afecta a los consumidores, dentro del sistema propio de las reglas de la misma naturaleza conforme a las clasificaciones de las tradicionales ramas del derecho (civil, mercantil administrativo y penal), quizá a efectos no sólo didácticos, sino también prácticos, no sea ociosa a una aproximación a esta materia desde un punto de vista conjunto, *ratione materiae o por razón de la materia*, tal como se viene haciendo a otros ordenamientos diferentes al español.

Posteriormente, se promulgó la *Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de Julio*<sup>129</sup>. Su sistema estaba basado en la existencia de dos órganos administrativos especializados de ámbito nacional, conocidos como el *Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia*.

El *Servicio de Defensa de la Competencia* era un organismo administrativo dependiente del *Ministerio de Economía* que se encargaba de la vigilancia del mercado y de la investigación de las conductas anticompetitivas. Asimismo, el *Tribunal de Defensa de la Competencia* era otro organismo administrativo colegiado autónomo e independiente, que se encargaba de la declaración de la existencia de prácticas

<sup>127</sup>DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. “*Notas Sobre Las Limitaciones Intrínsecas de la Autonomía de la Voluntad. La Defensa de la Competencia. El Orden Público. La Protección del Consumidor*”, en Anuario de Derecho Civil, t. XXXV, fascículo IV, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1021 y ss., y 1075-1078 (octubre-Diciembre de 1982).

<sup>128</sup> *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BOE-A-2007-20555, BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, páginas 49181 a 49215 (35 págs.), Disponible en: [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-20555](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-20555).

<sup>129</sup> *Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de Julio*, BOE-A-1989-16989, «BOE» núm. 170, de 18 de julio de 1989, páginas 22747 a 22753 (7 págs.) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-16989>.

anticompetitivas, la imposición de sanciones o multas, y la concesión de autorizaciones. Ambos, se enfocaban en la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia, y el control de concentraciones económicas.

Desde la entrada en vigor de la *Ley 16/1989* se produjeron varias modificaciones, algunas de gran calado, por lo que, se han promulgado diversas normas de desarrollo. Una de estas normas es la *Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en Material de Defensa de la Competencia*. Dicha ley, permite que también las normas de competencia sean aplicadas, por las *Autoridades de Competencia de las Comunidades Autónomas*<sup>130</sup> en sus respectivos territorios.

Finalmente, en los últimos años se produjo una importante reforma del marco comunitario de *Defensa de la Competencia*, que ha fructificado en el nuevo *Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004*, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

Sobre todo, se puede apreciar dicha reforma en la modernización de la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia centrada en el *Reglamento (CE) n.º 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 de la Comunidad Europea*.

Posteriormente, este marco de trasfondo jurídico condujo a la creación de la actual, *Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia*.

---

<sup>130</sup> *Const. Esp. Art. 149.1.13ª*, BOE-A-1978-31229, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.) Disponible en: [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229).

### **B. LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia**

La *Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia*<sup>131</sup> parte de la experiencia adquirida en los últimos quince años, mediante la aplicación de las normas nacionales y comunitarias de competencia. Esto significa, que dicha ley es un complemento de la *Ley 1/2002, de 21 de Febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia*<sup>132</sup>.

En esta ley anterior, se adoptó una iniciativa legislativa que estableció el marco para la ejecución de las competencias del *Estado y de las Comunidades Autónomas*, con pleno respeto a los criterios impartidos por el *Tribunal Constitucional*. Sin embargo, su enfoque era muy general, por lo que, se recurrió a la creación de la nueva *Ley 15/2007*.

Por lo tanto, la *Ley 15/2007* tiene por objeto la reforma del sistema español de *Defensa de la Competencia*, para así reforzar todos los mecanismos ya existentes. Asimismo, interesa dotar al referido sistema de los instrumentos y de la estructura institucional que sea óptima, para así sucesivamente proteger la *Competencia Efectiva* en los mercados. La *Competencia Efectiva* es esa participación competitiva entre agentes económicos en un mercado, a fin de servir una porción determinada del mismo, mediante el mejoramiento de la oferta en calidad, precio y en beneficio del consumidor. En otras palabras, el propósito de esta ley es proveerle al sistema español un nuevo orden, para continuar protegiendo la libre competencia en el mercado.

También, en la nueva Ley se tomó en consideración la *Eficiencia Productiva* que se traslada al consumidor en forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar de la sociedad. Esto quiere decir, que dicha ley toma en cuenta

<sup>131</sup> *LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, BOE-A-2007-12946, «BOE» núm. 159, de 04/07/2007. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

<sup>132</sup> *LEY 1/2002, Coordinación de Competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia*, Official State Gazette No. 46. Friday, 22nd February 2002, Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Legislacion/NormativaEstatal/tabid/81/Default.aspx>.

el concepto de la *soberanía del consumidor*, donde ubica sus necesidades en conjunto a la asignación de recursos, para poder entonces ofrecerle el producto deseado.

Igualmente, la *Ley 15/2007* está guiada por cinco principios claros: la garantía de la *seguridad jurídica* de los operadores económicos; independencia de la toma de decisiones; transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley; eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y búsqueda de la coherencia de todo el sistema; y en particular, de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno.

En el Artículo 1 de la ley, se abordó lo que se considera como *conductas colusorias*. Las *conductas colusorias* se definen como todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada, o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir, el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia, en todo o parte del mercado nacional.

Algunas de estas conductas colusorias consisten en:

- a) La fijación de forma directa o indirecta de precios, o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- d) 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.

Más aún, son nulos de pleno derecho todos esos acuerdos, decisiones, y recomendaciones que no estén amparados por alguna exención provista en dicha ley. Esto significa que un acuerdo podría clasificarse inicialmente como prohibido, pero si

existe una exención que está expresamente contenida en una Ley que lo cubija, dicho acuerdo pudiese ser aceptado.

Tampoco, las prohibiciones expresadas en la *Ley 15/2007* se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización, la distribución de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión alguna previa siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas<sup>133</sup> interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de sus objetivos.
- c) No autoricen a las empresas partícipes, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Tampoco, la prohibición se aplicará a los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas, o conscientemente paralelas que cumplan con las disposiciones establecidas en los *Reglamentos Comunitarios*, relativos a la aplicación del *Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea*. Dicho de otra manera, las prohibiciones no será empleadas a los acuerdos que los *Reglamentos Comunitarios* cobijen en conjunto con el Artículo 81. Ni mucho menos, se aplicarán cuando las correspondientes conductas *no afecten el comercio* entre los *Estados Miembros de la Unión Europea*.

Adicionalmente, el Gobierno tiene el poder de declarar mediante algún *Real Decreto* la aplicación del *Apartado 3 del Artículo 81*, a determinadas categorías de

---

<sup>133</sup>Empresa- A efectos de lo previsto en la *Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia* se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.

conductas, previo informe de la *Comisión Nacional de la Competencia*<sup>134</sup> y del *Consejo de Defensa de la Competencia*.

### ***Comisión Nacional de Competencia***

La *Ley 15/2007* creó en el ámbito estatal la *Comisión Nacional de la Competencia*, en adelante *Comisión*, como una institución única e independiente del Gobierno, que integra en sus funciones al *Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia*, haciendo que éstos desaparezcan.

La *Comisión* es una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia, plena capacidad pública y privada. En otras palabras, la *Comisión* puede actuar en el desarrollo de su propia actividad, para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, y con plena independencia de las otras administraciones públicas.

Además, la *Comisión* es el organismo encargado de preservar, garantizar, y promover la existencia de una *competencia efectiva* en los mercados del ámbito nacional. Así como, velar por la aplicación coherente de la ley, mediante el ejercicio de las funciones que se le atribuyen en la misma.

Al mismo tiempo, la *Comisión* está adscrita al *Ministerio de Economía y Hacienda*. El *Ministerio de Economía y Hacienda* es el Departamento de la Administración General del Estado, encargado de la propuesta y ejecución de las directrices y medidas generales de la política económica del Gobierno, y en especial, de la política de hacienda pública, de presupuestos, gastos, y empresas públicas.

Asimismo, la *Comisión* es el órgano de apoyo de dicho *Ministerio de Economía y Hacienda*, para la representación de *España* en el ámbito internacional en materia de competencia. Igualmente, ejercerá sus funciones en relación con todos los mercados o sectores productivos de la economía.

---

<sup>134</sup> *Comisión Nacional de la Competencia*, Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/>. (2014).

En cuanto a la competencia entre el *Estado y las Comunidades Autónomas* en materia de *Defensa de la Competencia*, la *Comisión* ejercerá sus funciones en el ámbito de todo el territorio español. Esto quiere decir que la *Comisión* está facultada para cubrir todas las controversias que surjan dentro de *España*.

Inclusive, la *Comisión* está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente, los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo; y las disposiciones generales de rango inferior cuando se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Finalmente, la *Comisión Nacional de la Competencia* presenta una estructura piramidal, centrada en dos órganos separados, el *Consejo y la Dirección de Investigación*.

### ***Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia***

Otro órgano que se dedica a seguir de cerca a la competencia es el *Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia*. Éste es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas y de promoción de la competencia, bajo la supervisión y coordinación del Presidente.

Dicho de otra forma, el Consejo es el encargado de asesorar para resolver las distintas controversias relacionadas con la competencia. En particular, es el órgano competente que funciona a propuesta de la *Dirección de Investigación*.

### ***Dirección de Investigación***

La *Dirección de Investigación* es un órgano que se dedica a asistir al *Consejo* y a los otros órganos en relación con los casos de competencia. Éste es el órgano de la *Comisión Nacional de la Competencia*, encargado de la instrucción de los expedientes previstos.

En otras palabras, la *Dirección de Investigación* es el órgano encargado de la iniciación e instrucción del procedimiento sancionador, bajo la supervisión y coordinación del Presidente.

### C. *Comisión Nacional de Mercados y Competencia*

El miércoles 5 de junio de 2013<sup>135</sup>, se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la *Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en adelante, CNMC*<sup>136</sup>. El texto legal establece para la nueva entidad regulatoria, y de la competencia, una estructura organizativa totalmente novedosa tanto en *España*, como en el resto de los países de la *Unión Europea*.

En efecto, la nueva CNMC unificará en un sólo organismo a la actual *Comisión Nacional de la Competencia CNC*, junto con hasta seis reguladores sectoriales actualmente independientes: los de energía, *Comisión Nacional de Energía, CNE*; telecomunicaciones, *Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, CMT*; sector postal *Comisión Nacional del Sector Postal, CNSP*; aeropuertos, *Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, CREA*; sector audiovisual *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, CEMA*; ferroviario *Comité de Regulación Ferroviaria, CRF*.

Luego, el 13 de junio de 2014<sup>137</sup>, la *CNMC* consideró a *España* como uno de los países más avanzado en la lucha contra los cárteles, entre otras razones, por la proliferación de este tipo de prácticas consideradas especialmente dañinas contra la

<sup>135</sup> *La Nueva Comisión Nacional de los Mercados y Competencia*, Disponible en: <http://m.hoganlovells.com/files/Publication/f8698cfd-2191-4b14-8f4e-486cd5edd84a/Presentation/PublicationAttachment/4a58599e-cc9f-483b-9fb2-508fc3bb393c/La%20nueva%20Comisión%20Nacional%20de%20los%20Mercados%20y%20la%20Competencia.pdf>. (Junio 2013).

<sup>136</sup> *Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, BOE-A-2013-5940, «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2013, páginas 42191 a 42243 (53 págs.) Disponible en: [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5940](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5940).

<sup>137</sup> Navas, José A. *La CNMC Anuncia Una 'Cruzada' Contra Los Cárteles Como Eje De Su Plan Estratégico*, El Confidencial, El Diario de los Lectores Influyentes: Disponible en: [http://www.elconfidencial.com/economia/2014-05-13/la-cnmc-anuncia-una-cruzada-contra-los-carteles-como-eje-de-su-plan-estrategico\\_129948/](http://www.elconfidencial.com/economia/2014-05-13/la-cnmc-anuncia-una-cruzada-contra-los-carteles-como-eje-de-su-plan-estrategico_129948/). (13 de junio de 2014).

competencia. Para erradicarlos de una vez para siempre, el supervisor mayor del Reino ha decidido plantear una batalla abierta *potenciando las actuaciones de oficio o sin paga*, y trabajando en la *mejora continua de los procedimientos de detección, inspección e instrucción*. En otras palabras, el supervisor concentrará todos sus esfuerzos en el proceso de investigación y de elevar los expedientes de las empresas que se acusan de suscribir un acuerdo de *cártel*, para así encausarlas por esos actos anticompetitivos.

La “*cruzada*” de la CNMC contra los *cárteles* constituye uno de los ejes centrales del *plan estratégico aprobado por el consejo de la entidad el pasado día 8*. Los comisionados que preside *José María Marín Quemada* quieren que estos mecanismos de participación ciudadana, sirvan para testimoniar el grado de transparencia e independencia que se supone a todo regulador que se precie. Dicho de otra manera, el plan estratégico fomenta a los ciudadanos para que informen de acuerdo a su percepción, la existencia de un alegado *cártel*.

Bajo este fundamento, el plan que ha sido presentado en el Congreso de los Diputados trata de coordinar, *tres finalidades básicas con 16 líneas de acción estratégica*. Los objetivos se definen en la aplicación del *máximo rigor* en los mercados, la *transparencia e independencia* y, en última instancia, la adaptación de soluciones globales con una visión global que garantice la *seguridad jurídica*.

### ***Mayor cooperación con la Administración de Justicia***

Entre las acciones prioritarias, la CNMC se compromete a realizar un enfoque integrado de los problemas en los mercados, y a desarrollar mecanismos de comunicación y decisión rápida, entre las dos salas que conforman la entidad, las direcciones de instrucción y el resto de departamentos del organismo.

De la misma forma, la estructura de *la institución que entró en funcionamiento el pasado 7 de octubre*, se compone de dos grandes cuerpos operativos, uno de carácter horizontal para todos los asuntos de competencia y otro vertical para la regulación de

los distintos sectores económicos.

Además de la lucha anti-competencia y la persecución de los *cárteles*, la CNMC quiere mantener una *cooperación especial con la Administración de Justicia*, para garantizar el impacto eficaz de sus resoluciones. De igual forma, se intensificará la *interlocución con las Administraciones Públicas*, para evitar actos y normas legales que puedan inducir a un fraccionamiento del mercado o que obstaculicen la competencia efectiva. La política sancionadora se complementará con un refuerzo de la capacidad pedagógica, a fin de *maximizar el efecto de disuasión de comportamientos adversos*, para el correcto funcionamiento de los mercados. En otras palabras, se trabajará en equipo con una política de divulgación entre la Administración de Justicia, y las Administraciones Públicas; y en conjunto con una política de sanciones que promueven un aumento del efecto disuasivo de los comportamientos anticompetitivos.

Por último, el nuevo regulador único aprobará y publicará un programa de informes sobre aquellos sectores en los que se considere prioritario, centrará la labor de análisis y realizará una *revisión con carácter anual de los mercados sujetos a regulación o supervisión*. La entidad llevará a cabo todos los años dicha revisión del grado de cumplimiento y adecuación de su plan estratégico.

### ***Normativa Aplicable y Órganos Competentes***

La *Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia, y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas* en el ámbito de sus competencias; podrán intervenir en un caso sin tener la condición de parte, ya sea por su propia iniciativa o a instancia del órgano judicial. Su intervención colabora con la aportación de información o presentación de observaciones escritas, sobre asuntos relacionados a la aplicación de Artículos 101 y 102 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)* (antiguo *Artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea*), o de los *Artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia*. Esto quiere decir, que pueden intervenir en calidad de *Amicus Curiae o Amigo de la Corte*, para colaborar con la resolución de las controversias de competencia de una forma más efectiva.

También, podrán presentar sus observaciones de forma verbal. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita todos los documentos que sean necesarios, para realizar una valoración más profunda del asunto de que se trate. Dentro de la aportación de información, no se incluirán los datos o documentos obtenidos, cuando se aplica alguna exención o reducción del importe de las multas previstas.

### ***Archivo de las Actuaciones***

La *Comisión* tiene la discreción de no iniciar un procedimiento en los casos de competencia. También, puede acordar el archivo de las actuaciones o expedientes incoados, debido a la falta o pérdida de la competencia o de objeto.

En particular, se considerará que concurre alguna de estas circunstancias antes mencionadas, cuando la *Comisión Nacional de la Competencia* no sea competente para enjuiciar las conductas detectadas o denunciadas; cuando se aplique el *Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002*, o se den las circunstancias previstas en dicho reglamento para la desestimación de las denuncias.

El *Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002* fue adoptado por el *Consejo*, para la aplicación de las normas de competencia previstas en los Artículos 101 y 102 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE) (antiguos *Artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*). Esta reforma supone el paso de un sistema de autorización centralizado de notificación previa, por parte de la *Comisión*; a un sistema de excepción legal basado en la aplicación descentralizada de las normas de competencia de la *Unión Europea*.

También, se basó en el refuerzo del control *a posteriori* o después, que permite por una parte reducir el trabajo de la *Comisión*, y por otra aumentar el papel de las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales en la aplicación del *Derecho de Competencia de la Unión Europea*, garantizando al mismo tiempo su aplicación efectiva y uniforme.

### ***Terminación Convencional***

Otra forma de atender los casos de competencia es con la *Terminación Convencional* de los mismos. Mediante la *terminación convencional*, el *Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia*, a propuesta de la *Dirección de Investigación*, podrá resolver el procedimiento sancionador, y cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia, que sean derivados de las conductas objeto del expediente, y quede garantizado suficientemente el interés público.

Los compromisos serán vinculantes, y surtirán efectos plenos una vez sean incorporados a la resolución final. Sin embargo, la terminación del procedimiento no podrá acordarse una vez sea elevado el informe a la *Comisión*. En otras palabras, deben tratar de resolver la controversia mediante un acuerdo en un término, antes de que el expediente sea entregado a la *Comisión*.

### ***Infracciones:***

Todas las personas naturales o físicas, y las jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones, serán catalogadas como responsables. Inclusive, la actuación de una empresa es también imputable a las personas o empresas que la controlan. Sin embargo, dicha disposición no será aplicable cuando su comportamiento económico, no venga determinado por alguna de ellas en particular.

Cuando se imponga una multa a una asociación, unión o agrupación de empresas y ésta no sea solvente, dicha asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros, hasta cubrir el importe de la multa. En otras palabras, hará una excusión de los bienes de sus miembros hasta el saldo de la multa.

En caso de que no se aporten dichas contribuciones dentro del plazo fijado por la *Comisión*, se le podrá exigir el pago de la multa a cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de la asociación de que se trate.

También, la *Comisión* podrá exigir el pago del saldo a cualquier miembro de la asociación, que operase en el mercado en que se hubiese producido la infracción, cuando sea necesario para garantizar el pago íntegro de la multa.

No obstante, no se exigirá el pago a las empresas que demuestren que no han obrado aplicando la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción, y que o bien ignoraban su existencia; o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso.

La responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa o infracción, no podrá ser superior al 10% del volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior. Conjuntamente, las infracciones se clasifican en tres tipos, leves, graves y muy graves. Algunas infracciones leves son:

- a) No haber suministrado a la *Comisión Nacional de la Competencia*, la información requerida por ésta, o haber suministrado información incompleta, incorrecta, engañosa, o falsa.
- b) No haberse sometido a una inspección ordenada.
- c) La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la *Comisión Nacional de la Competencia*.

Por su parte, algunas infracciones graves son:

- a) El desarrollo de conductas colusorias, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas

concertadas o conscientemente paralelas, entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales.

- b) El abuso de la posición de dominio que no tenga la consideración de muy grave.
- c) El falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Mientras que son infracciones muy graves:

- a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas que consistan en cárteles<sup>138</sup> u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.
- b) El abuso de posición de dominio cuando el mismo sea cometido por una empresa, que opere en un mercado recientemente liberado, y que tenga una cuota de mercado próxima al monopolio, o disfrute de derechos especiales o exclusivos.
- c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso, adoptado en aplicación de la Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones o *trusts*.

Indistintamente, los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que deliberadamente o por negligencia infrinjan la ley, las siguientes sanciones:

- a) Las infracciones leves se castigarán con una multa de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa infractora, en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa.

---

<sup>138</sup>Cártel-a efectos de lo dispuesto en la Ley Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia se entiende por cártel, todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.

- b) Las infracciones graves se castigarán con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora, en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa.
- c) Las infracciones muy graves se castigarán con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora, en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa.

No podemos perder de vista, que el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros. Esto quiere decir, que se sumarán la cantidad de dinero que cada miembro tenga conforme a su participación en la empresa.

En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, las infracciones tipificadas serán sancionadas en los términos siguientes:

- a) Las infracciones leves tendrán una multa de 100.000 a 500.000 euros.
- b) Las infracciones graves tendrán una multa de 500.001 a 10 millones de euros.
- c) Las infracciones muy graves tendrán una multa de más de 10 millones de euros.

Además, cuando el infractor sea una persona jurídica se podrá imponer una multa adicional, de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales, o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión colusorio.

Por el contrario, quedan excluidas de dicha multa aquellas personas que formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

***Sanciones:***

Para imponer sanciones se hará un análisis y se tomará en consideración entre otros los siguientes criterios:

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b) La cuota de mercado de la empresa o las empresas responsables.
- c) El alcance de la infracción.
- d) La duración de la infracción.
- e) El efecto de la infracción sobre los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, o sobre otros operadores económicos.
- f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

- a) La comisión repetida de infracciones tipificadas.
- b) La posición de responsable o instigador de la infracción.
- c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.
- d) La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente.

En conjunto, para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

- a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.
- b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.
- c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.

- d) La colaboración activa y efectiva con la *Comisión Nacional de la Competencia*, aparte de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa.

Por otro lado, la *Comisión Nacional de la Competencia* eximirá a una empresa o a una persona natural o física del pago de la multa cuando:

- a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel. Siempre y cuando, no se cuente de antemano con elementos suficientes para ordenar la misma.
- b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción en relación con un cártel; siempre y cuando, la Comisión Nacional de la Competencia, no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción, y no se haya concedido una exención a una empresa o persona natural o física.

Para que la *Comisión Nacional de la Competencia* conceda la exención que tiene disponible, la empresa o en su caso la persona natural o física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Cooperar plena, continua, y diligentemente con la *Comisión Nacional de la Competencia*; en los términos en que se establezcan reglamentariamente, y a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.
- b) Poner fin a su participación en la presunta infracción, en el momento en que facilite los elementos de prueba. Sin embargo, deberá participar en aquellos supuestos en los que la *Comisión Nacional de la Competencia* estime que sea necesario que dicha participación continúe, para preservar la eficacia de una inspección.

- c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención, ni haber revelado directa o indirectamente, a terceros distintos de la *Comisión Europea* o de otras *Autoridades de Competencia*, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.
- d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

Asimismo, la exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos; y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión colusorio, siempre y cuando hayan colaborado con la *Comisión*.

La *Comisión* también podrá reducir el importe de la multa correspondiente a aquellas empresas o personas naturales o físicas, que sin reunir los requisitos establecidos:

- a) Faciliten elementos de prueba de la presunta infracción, y que aporten un valor añadido significativo, con respecto a aquéllos de los que ya disponga la *Comisión Nacional de la Competencia*.
- b) Cumplan con los requisitos establecidos anteriormente.

El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a lo siguiente:

- a) La primera empresa o persona natural o física que cumpla con lo establecido, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30% y el 50%.
- b) La segunda empresa o persona natural o física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20% y el 30%.
- c) Las sucesivas empresas o personas naturales o físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20% del importe de la multa.

La aportación por parte de una empresa o persona natural o física de elementos de prueba, que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa, será considerada por la *Comisión* al determinar el importe de dicha multa. En otras palabras, si la empresa presunta infractora coopera al informar más detalles que conduzcan a la resolución del caso; se tomará en consideración dicha ayuda con miras a recibir una reducción de la multa.

Además, dicha reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse de forma independiente a sus representantes, o a las personas que integran los órganos directivos, que hayan intervenido en el acuerdo o decisión colusorio, siempre que hayan colaborado con la *Comisión Nacional de la Competencia* de alguna forma.

Por su parte, la *Comisión* independientemente de las multas sancionadoras podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones, o agrupaciones de éstas, y agentes económico en general, multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día con el fin de obligarlas:

- a) A cesar la conducta que haya sido declarada prohibida.
- b) A la remoción de los efectos provocados por una conducta restrictiva de la competencia.
- c) Al cumplimiento con los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la *Comisión Nacional de la Competencia*, o en los acuerdos del *Consejo de Ministros*.
- d) Al cumplimiento con lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la *Comisión Nacional de la Competencia o del Consejo de Ministros*.
- e) Al cumplimiento con el deber de colaboración.
- f) Al cumplimiento de las medidas cautelares.

***D. Reglamento de Defensa de la Competencia, REAL DECRETO 261/2008, de 22 de febrero***

El *Ministerio de Economía y Hacienda en su Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero*<sup>139</sup>, aprobó el *Reglamento de Defensa de la Competencia*, en adelante *Reglamento*. Este reglamento trabaja en conjunto con la *Ley 15/2007 de 3 de julio de la Defensa de la Competencia*, y siguiendo el *Artículo 38 de la Constitución de España*<sup>140</sup>.

El *Artículo 38 de la Constitución de España* trata sobre el derecho a la *libertad de empresa*, denominado como “*Constitución Económica*”. La *Constitución Económica* puede ser el principio informador, pero conjugado con los derechos y deberes de la persona; con los fines y facultades que se encomiendan y otorgan a los poderes públicos.

La *libertad de empresa* es un derecho constitucionalmente garantizado que debe modularse en función de un parámetro, como es la economía de mercado. O sea, que se remite a consideraciones de carácter económico en vez de jurídico, con el propósito de establecer el modelo global del sistema económico y social.

Tanto la *Ley 15/2007* como el *Reglamento* tienen como fin, garantizar la existencia de una competencia suficiente, y protegerla de todo ataque contrario al interés público. También, tienen como propósito proteger la *competencia efectiva* en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario, y la competencia de las *Comunidades Autónomas*.

Igualmente, el *Reglamento* establece el deber de colaboración con la *Comisión Nacional de la Competencia*. Además, desarrolla el contenido de las facultades de inspección, así como de colaboración con los órganos competentes, en conjunto con el cómputo de los plazos y los requisitos de las notificaciones.

---

<sup>139</sup>*Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*, BOE-A-2008-3646, BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008, páginas 11575 a 11604 (30 págs.), Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-3646>.

<sup>140</sup>*Const. Esp. Art. 38.*, BOE-A-1978-31229, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.) Disponible en: [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229).

También, promueve la colaboración por una parte de las *Comunidades Autónomas*, y con la *Comisión Europea*, así como con las otras *Autoridades Nacionales de Competencia* de los otros *Estados Miembros*.

***Conductas Excluidas:***

Otro tipo de conducta colusiva que destaca el *Reglamento* son las conductas excluidas. En otras palabras, son conductas que están prohibidas y su comisión propiciaría un proceso punitivo.

El Artículo 2, menciona las conductas que están excluidas del concepto de menor importancia. Algunas de éstas son las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas, las siguientes:

- a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros.
- b) La limitación de la producción o las ventas.

Sin embargo, no se entenderán como conductas de menor importancia, las conductas entre los no competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores, controlados por las empresas:

- a) El establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo, al que haya de ajustarse el comprador.
- b) La restricción de las ventas activas<sup>141</sup> o pasivas a usuarios finales, por parte de los miembros de una red de distribución selectiva, sin perjuicio de la posibilidad de que el fabricante restrinja la capacidad de dichos miembros a operar fuera del establecimiento autorizado. Las Ventas Activas se definen como la aproximación activa a clientes individuales dentro del territorio exclusivo o del grupo de clientes exclusivo de otro distribuidor, mediante correo directo o visitas; publicidad en medios de

---

<sup>141</sup>Cfr. CHÁVEZ RODRÍGUEZ, MAYKEL, “La Venta Un Proceso No Una Actividad”, Disponible en: [http://www.elprisma.com/apuntes/mercadeo\\_y\\_publicidad/ventaproceso/](http://www.elprisma.com/apuntes/mercadeo_y_publicidad/ventaproceso/). (2014).

comunicación, u otras actividades destinadas específicamente a aquellos clientes; y el establecimiento de un almacén o un centro de distribución en el territorio exclusivo de otro distribuidor.

- c) Mientras que las Ventas Pasivas son la respuesta a pedidos no suscitados activamente, procedentes de clientes individuales o grupos de clientes específicos, incluyendo la entrega de bienes y servicios a dichos clientes.
- d) La restricción de los suministros recíprocos entre los distribuidores pertenecientes a un mismo sistema de distribución selectiva, incluso entre distribuidores que operen en distintos niveles comerciales.
- e) El establecimiento de cualquier cláusula de no competencia<sup>142</sup>, cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años.

Tampoco, se entenderán como de menor importancia los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas, o conscientemente paralelas entre competidores que a efectos del acuerdo, operen en distintos niveles de la cadena de producción o distribución. Algunas de éstas conductas son:

- a) Las conductas desarrolladas por empresas titulares, o beneficiarias de derechos exclusivos.
- b) Las conductas desarrolladas por empresas presentes en mercados relevantes, en los que más del 50% esté cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales, cuyas consecuencias sean similares.

***Sentencias:***

Un ejemplo de la intervención de las autoridades de competencia se puede apreciar en la *Sentencia del Tribuna de la Defensa de la Competencia, RESOLUCIÓN (Expte. 298/91) del 4 de febrero de 1993*. En esta resolución, una serie de empresas

---

<sup>142</sup> CREUS CARRERAS, ANTONIO, AMADOR PEÑATE, OLIVIA, PÉREZ OLMO, GERARD, Código de Derecho de la Competencia, La Ley, Copyright. (2006). Es cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 por ciento del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales, y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente.

asociadas al grupo A.T.E.I.A., (*Asociación de Transitarios, Expedidores Internacionales y Asimilados, de Madrid*), utilizó las *Tarifas Oficiales Mínimas Para Uso Exclusivo de Empresas Miembros de A.T.E.I.A.*”, como base para el cobro de los servicios prestados a sus clientes. Estas actuaciones están incluidas en las prohibiciones del *Artículo 1.1, y en el 3a) de la antigua Ley N° 110/1963, española, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia.*

Finalmente, el Tribunal resolvió que resulta acreditada la existencia de dichas prácticas colusorias, consistentes con la adopción por A.T.E.I.A., de unas tarifas mínimas y obligatorias. En otras palabras, dispuso que se probó que dichas tarifas mínimas fueron catalogadas como acuerdos colusivos y le impuso a cada una de las empresas sanciones económicas.

Un ejemplo de exención de responsabilidad se puede apreciar cuando existe una disposición o reglamento que cobije a las empresas, como sucedió en la *Sentencia del Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso Sede: Madrid, N° de Recurso: 270 / 2004 del 9 de julio del 2008.* En esta sentencia, se dispuso que se debiera mantener la conducta presuntamente prohibida de acuerdo a sus propias leyes o reglamentos internos. Por ejemplo, los Colegios Profesionales, están facultados plenamente para suscribir conciertos, como los que son objeto de examen.

Además, en la *Sentencia, N° de Recurso: 1418 / 1996, Órgano: Tribunal Supremo, Sede: Madrid, Recurso Casación, del 22 de abril de 2002,* se discute que las tarifas y los precios que luzcan sospechosos son tolerados, porque los fija la *Delegación del Gobierno en Telefónica*, para ser cobradas en el momento de la conexión, y no incorporadas al precio de venta como parte de la cuota de conexión.

### ***E. Conclusiones y Análisis:***

La *Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia* tiene el propósito de dotar al sistema español de los instrumentos y de la estructura institucional que sea óptima, para sucesivamente proteger la *Competencia Efectiva* en los mercados. Un claro

ejemplo de cómo funciona las disposiciones de la *Competencia Efectiva* es por medio de la *Libertad de Empresa*.

Además, dicha ley tomó en consideración la *Eficiencia Productiva* que se traslada al consumidor en forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar de la sociedad. Dicho de otro modo, se utiliza una asignación de recursos utilizando una *Eficiencia Dinámica*, que depende de las necesidades de los consumidores, y la innovación para poderlas satisfacer.

En el Artículo 1 se abordó lo que se considera como *conductas colusorias*. Las *conductas colusorias* se definen como todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, en todo o parte del mercado nacional.

Sin embargo, la ley no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización, la distribución de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión alguna previa.

En este ordenamiento se puede observar aplicada la visión de *Kirzner* de una manera precisa, cuando se permite los acuerdos incluyendo los de *Fijación de Precios Vertical o de Reventa*. Son aceptados, siempre y cuando aporten grandes cosas a la competencia, tales como el progreso técnico; y cuando no le impida la entrada a los nuevos competidores.

De la misma forma, se consideran nulos de pleno derecho todos los acuerdos, decisiones, y recomendaciones que no estén amparados por alguna exención provista en dicha ley.

Una vez ya comenzado la investigación, la *Comisión Nacional de la Competencia* eximirá a una empresa o a una persona natural o física del pago de la multa cuando, sea la primera en aportar elementos de prueba que a juicio de la *Comisión Nacional de la Competencia*, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección o comprobar una infracción en relación con un *cártel*. Siempre y cuando, no se cuente de antemano con elementos suficientes para ordenar la inspección o establecer la existencia de la infracción.

De la misma forma, para que la *Comisión Nacional de la Competencia* conceda la exención que tiene disponible, la empresa o en su caso la persona natural o física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir con unos requisitos tales como: cooperar plena, continua, y diligentemente con la *Comisión Nacional de la Competencia*, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, y a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación; poner fin a su participación en la presunta infracción, en el momento en que facilite los elementos de prueba; excepto en aquellos supuestos en los que la *Comisión Nacional de la Competencia* estime necesario que dicha participación continúe, para preservar la eficacia de una inspección.

También, las empresas se tienen que comprometer a no destruir elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención, ni haber revelado directa o indirectamente, a terceros distintos de la *Comisión Europea*, o de otras *Autoridades de Competencia*, su intención de presentar la solicitud de exención o su contenido; no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción, entre otros.

Asimismo, la exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos; y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión colusorio, siempre y cuando hayan colaborado con la *Comisión* de antemano.

Tampoco, la prohibición de la ley se aplicará a los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas, o conscientemente paralelas que cumplan con las disposiciones establecidas en los *Reglamentos Comunitarios*, relativos a la aplicación del *Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea*.

Ni mucho menos, se aplicarán cuando las correspondientes conductas *no afecten el comercio* entre los *Estados Miembros de la Unión Europea*.

Adicionalmente, el Gobierno tiene el poder de declarar exentos los acuerdos mediante algún *Real Decreto* para que se aplique el *Apartado 3*, a determinadas categorías de conductas, previo informe de la *Comisión Nacional de la Competencia y del Consejo de Defensa de la Competencia*.

En *España* existen varias agencias administradoras que están encargadas de la *Defensa de la Competencia*. Una de éstas agencias es conocida como la *Comisión Nacional de la Competencia*. La *Comisión* es una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia, plena capacidad pública y privada.

Otra agencia que se dedica a seguir de cerca a la competencia es el *Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia*. Dicha agencia se encarga de tomar las decisiones en relación con las funciones resolutorias, consultivas, y de promoción de la competencia.

La *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia* estableció una estructura organizativa donde unificará en un sólo organismo a la actual *Comisión Nacional de la Competencia CNC*, junto con hasta seis reguladores sectoriales actualmente independientes.

Luego, el 13 de junio de 2014, la *CNMC* consideró a *España* como uno de los países más avanzado en la lucha contra los cárteles, entre otras razones, por la proliferación de este tipo de prácticas consideradas especialmente dañinas contra la competencia. Para erradicarlos de una vez para siempre, el supervisor mayor del Reino ha decidido plantear una batalla abierta *potenciando las actuaciones de oficio o sin paga*, y trabajando en la *mejora continua de los procedimientos de detección, inspección e instrucción*.

Bajo este fundamento, el plan que ha sido presentado en el Congreso de los Diputados trata de coordinar, *tres finalidades básicas con 16 líneas de acción estratégica*. Los objetivos se definen en la aplicación del *máximo rigor* en los mercados, la *transparencia e independencia* y, en última instancia, la adaptación de soluciones

globales con una visión global que garantice la *seguridad jurídica*.

De la misma forma, la estructura de la institución que entró en funcionamiento el pasado 7 de octubre, se compone de dos grandes cuerpos operativos, uno de carácter horizontal para todos los asuntos de competencia y otro vertical para la regulación de los distintos sectores económicos.

Además de la lucha anti-competencia y la persecución de los *cárteles*, la CNMC quiere mantener una *cooperación especial con la Administración de Justicia*, para garantizar el impacto eficaz de sus resoluciones. De igual forma, se intensificará la *interlocución con las Administraciones Públicas*, para evitar actos y normas legales que puedan inducir a un fraccionamiento del mercado o que obstaculicen la competencia efectiva. La política sancionadora se complementará con un refuerzo de la capacidad pedagógica, a fin de *maximizar el efecto de disuasión de comportamientos adversos*, para el correcto funcionamiento de los mercados

La *Dirección de Investigación* es otro órgano que se dedica a asistir al *Consejo* y a los otros órganos en relación a los casos de competencia. Éste es el órgano de la *Comisión Nacional de la Competencia*, encargado de la instrucción de los expedientes que son previstos.

Por su parte, la *Comisión* tiene la discreción de no iniciar un procedimiento en los casos de competencia; o acordar el archivo de las actuaciones o expedientes incoados debido a la falta de información o pérdida de la competencia o de objeto.

Tampoco, se exigirá el pago de la multa a las empresas que demuestren que no han obrado aplicando la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción, y que o bien ignoraban su existencia; o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso. También, quedan excluidas del pago de la multa aquellas personas que formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

Otra forma de atender los casos relacionados a la competencia es la *terminación convencional* de los mismos. En la *terminación convencional*, el *Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia*, a propuesta de la *Dirección de Investigación*, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador, cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia, que sean derivados de las conductas objeto del expediente, y quede garantizado suficientemente el interés público.

De tener disponible alguna exención, justificación, o alternativa que promueva la terminación convencional, se procede a encausar a todas las personas ya sean naturales o jurídicas envueltas en el acuerdo colusivo, que realicen acciones u omisiones tipificadas como infracciones. Inclusive, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan.

Cuando se imponga una multa a una asociación, unión o agrupación de empresas y ésta no sea solvente, dicha asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros, hasta cubrir el importe de la multa. En otras palabras, hará una excusión de los bienes de sus miembros hasta el saldo total de la multa.

Además, cuando no se aporte el pago de la multa dentro del plazo fijado por la *Comisión*, se le podrá exigir dicho pago a cualquiera de las empresas, cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de la asociación de que se trate.

La responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa o infracción, no podrá ser superior al 10% del volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior, tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros. En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, las infracciones tipificadas serán sancionadas como leves, graves y muy graves.

De igual forma, cuando el infractor sea una persona jurídica se podrá imponer una multa adicional, de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales, o a

las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión colusorio.

Entonces, para imponer sanciones se hará un análisis y se tomará en consideración varios criterios, tales como: la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado de la empresa o las empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios, o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables, entre otros.

La *Comisión* también podrá reducir el importe de la multa correspondiente a aquellas empresas o personas naturales o físicas, que no hayan reunido los requisitos establecidos, pero que aporten elementos de prueba para establecer hechos adicionales que le permitan encausar la conducta prohibida. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a lo siguiente:

- a) La primera empresa o persona natural o física que cumpla con lo establecido, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30% y el 50%.
- b) La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20% y el 30%.
- c) Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20% del importe de la multa.

Además, la reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse de forma independiente a sus representantes, o a las personas que integran los órganos directivos, que hayan intervenido en el acuerdo o decisión colusorio, siempre que hayan colaborado con la *Comisión Nacional de la Competencia* de alguna forma.

Por su parte, la Comisión independientemente de las multas sancionadoras podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económico en general, multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día.

Más tarde, el *Ministerio de Economía y Hacienda en su Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero*, aprobó el *Reglamento de Defensa de la Competencia*, en adelante *Reglamento*. Este reglamento trabaja en conjunto con la *Ley 15/2007 de 3 de julio de la Defensa de la Competencia*, siguiendo el *Artículo 38 de la Constitución de España*.

El *Reglamento* establece el deber de colaboración con la *Comisión Nacional de la Competencia*. Además, desarrolla el contenido de las facultades de inspección, así como de colaboración con los órganos competentes, en conjunto con el cómputo de los plazos y los requisitos de las notificaciones.

Un tipo de conducta colusiva que destaca el reglamento son las conductas excluidas. En otras palabras, son conductas que están prohibidas y su comisión propiciaría un proceso punitivo. El Artículo 2, menciona las conductas que están excluidas del concepto de menor importancia, o sea que son catalogadas como muy importantes. Algunas de éstas son las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas, la *Fijación de los Precios* de venta, reventa fijo o mínimo de los productos a terceros al que haya de ajustarse el comprador.

En resumen, los acuerdos de *Fijación de Precios* y *los cárteles* están permitidos *España*, aunque no de forma automática. Lo que no se acepta, es que con estos acuerdos existe la posibilidad eliminar la entrada total de la competencia. Los acuerdos se permiten, siempre y cuando, contribuyan a mejorar la producción, la comercialización, la distribución, o a promover el progreso técnico o económico.

Aunque la *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia* ha presentado un plan para la aplicación del *máximo rigor* en los mercados,

la *transparencia e independencia* y, en última instancia, la adaptación de soluciones globales con una visión global que garantice la *seguridad jurídica*, no significa que se ha dejado sin efecto la normativa anterior.

En otras palabras, aunque se esté motivando a que haya una lucha anti-competencia y la persecución de los *cárteles* en conjunto con otras agencias, no significa que esta nueva política sancionadora, impida que se haga una evaluación de la conducta anticompetitiva de acuerdo a la *Regla de la Razón*.

En la jurisdicción española, podemos ver un reflejo de dicha *Regla de la Razón*, a la hora de resolver las controversias sobre competencia, cuando toman en consideración todas las circunstancias particulares de las empresas, tales como su historia, volúmen de ventas, duración de la infracción, etc. Por lo que, esta jurisdicción está capacitada para aclarar todas las interrogantes que impulsa el caso de *Leegin*, en la aplicación de la *Regla de la Razón*, para evaluar los acuerdos de *Fijación de Precios de Reventa y los cárteles*.

En otras palabras, el ordenamiento de *España* puede enseñarles a hacer una evaluación preliminar de cada caso, para ver si la empresa infractora cualifica para que se le aplique una *exención, justificación o si se puede llegar a un acuerdo de terminación convencional*.

Por el contrario, si después de ofrecerle a las empresas infractoras muchas oportunidades, no se consigue resolver la controversia, entonces se procede a fijarle una multa o sanción. Inclusive, dichas multas pueden ser hasta reducidas, siempre y cuando, las empresas se comprometan en aportar evidencia, con elementos suficientes para ordenar una inspección o infracción de un cártel.

Finalmente, basado en esta investigación podemos concluir que el ordenamiento de los *Estados Unidos*, con el uso de la *Regla de la Razón*, poco a poco está en una especie de *transición*, siguiendo el camino que ha trazado *España* para evaluar los acuerdos de *Fijación de Precios de Reventa y los cárteles*. Por lo que, el que mejor

ordenamiento que está capacitado, para rellenar los posibles vacíos del caso de *Leegin* es *España* que tiene la legislación, jurisprudencia, y experiencia suficiente para evaluar dichos casos.

## Conclusiones

1. La Sentencia de *Leegin* comparado con las otras, propone un cambio de criterio que crea un punto de inflexión sobre la doctrina Norteamericana del *Antitrust* establecido por la ley *Sherman*; ya que los casos de *Fijación de Precios Vertical*, no siempre serán evaluados por la *Regla Per Se*.
2. El cambio de la Regla Per Se a la Regla de la Razón consiste en que bajo la Regla de la Razón, el investigador evalúa la totalidad de las circunstancias del caso, para decidir si una práctica restrictiva debe ser prohibida, porque le impone una limitación irrazonable a la competencia. Esas circunstancias que se deben tomar en consideración para evaluar la práctica restrictiva son las siguientes: la información específica acerca de los negocios relevantes, su historia, naturaleza, y el efecto que produce la limitación, y si el negocio envuelto tiene algún poder de mercado. En otras palabras, este análisis se hace para ver si existen ciertas exenciones o situaciones que promueven su aplicación de forma efectiva o practicable; o para decidir si la conducta debe ser prohibida, porque le impone una limitación irrazonable a la competencia. De esa forma, se provee una flexibilidad al evaluar cada caso por separado, que compensa la falta de una guía estructurada.
3. Este cambio provoca una gran discusión doctrinal que apreciamos en dos posiciones contradictorias representadas por dos bandos: los que apoyan la sentencia de *Leegin*, porque se facilita la nueva entrada de un nuevo manufacturero, se estimula la competencia intra-marca y entre las marcas, y aumenta los esfuerzos del manufacturero para vender un producto, por conducto de sus distribuidores trayendo beneficios a los consumidores; y sus opositores que manifiestan que dicha sentencia es una carta blanca para crear cárteles de manufactureros o de distribuidores, afectando la competencia de precios. Estos críticos alegan que en aquellos mercados con poca competencia, el precio mínimo limitaría la entrada de otros manufactureros que quieran bajar los

precios. Como resultado, se afectaría al consumidor, porque tendría que comprar sus productos a precios artificialmente controlados.

4. A pesar de lo puesto por los esfuerzos legislativos, nos encontramos con una laguna en la sentencia de Leegin como puede ser la siguiente: no existe una guía estructurada que indique cómo se debe aplicar la Regla de la Razón en todos los casos. Por lo que, le corresponde a los Tribunales por medio de la jurisprudencia preparar reglas a través del tiempo, para ofrecerlas como prueba o hasta presunciones que sean justificadas, para hacer que la Regla de la Razón sea una forma justa y eficiente de prohibir las limitaciones anticompetitivas, y promover las que sean pro competitivas. Esto quiere decir, que le corresponde al Tribunal establecer una estructura de litigación necesaria, para asegurar que dicha regla opere para eliminar las limitaciones anticompetitivas del mercado; y para proveer una guía a los negocios.
5. Para resolver los problemas no abordados, referidos en la conclusión anterior debemos acudir al Derecho de la Unión Europea, recogido en las Directivas que sean y a la trasposición de las mismas en el Derecho Español recogido en la Ley y Reglamentación y en las disposiciones siguientes.
6. Lo expuesto debe resaltar la flexibilidad y el poder de moderación que se le atribuye al poder de justicia, para la resolución de las controversias que se les plantean.
7. Esto es de gran importancia en Puerto Rico por cuanto partiendo del Título Preliminar del Código Civil de 1889, y en el que la jurisprudencia como sigue siendo en España, es un medio de “complementar” las fuentes del ordenamiento jurídico con la reforma del mismo; en el Título Preliminar del Derecho de Puerto Rico, se introduce la Teoría del Precedente del Derecho Común, como fuente directa del ordenamiento, lo que limita, por no decir que priva del poder moderador del Juez, obligándole a observar aunque no sea igual, el caso controvertido, con la Teoría del Precedente.

8. Por lo que, lo anteriormente expuesto nos lleva a proponer una modificación de la legislación actual en Puerto Rico y los Estados Unidos, siguiendo el modelo de la Unión Europea, donde prevalece el Principio de la Autonomía de la Voluntad y la Libertad Contractual.



## **Bibliografía**

### **A. Monografías:**

- ASPERS, PATRIK, *Markets Cambridge*, Polity Press, (2011).
- BENEYTO, J. M. (Dir.) y MAILLO, J. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Editorial Bosch, Barcelona, (2005).
- BOUTHELIER, ANTONIO, *Ordenaciones Legales Antimonopolio*, Disponible en:  
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=10&IDN=818&IDA=29974>. (1963).
- BRENNAN, MARGARET, *U.S. Supreme Court's Antitrust Ruling: What's Ahead for Retailers?* Disponible en:  
<http://www.cnbc.com/id/19502091&cid=0&ei=1qiGRuu3CoKcrQOlorWbCQ>. (June 29, 2007).
- BRIEF FOR: COMANOR, WILLIAM S. AND SCHERER, FREDERIC M., AS AMI CURIAL SUPPORTING NEITHER PARTY, Disponible en:  
[http://www.antitrustinstitute.org/files/aai-%20Leegin,%20Comanor%20&%20Scherer%20amicus%20brief\\_021820071955.pdf](http://www.antitrustinstitute.org/files/aai-%20Leegin,%20Comanor%20&%20Scherer%20amicus%20brief_021820071955.pdf). (2007).
- BULLARD GONZÁLEZ, ALFREDO, *Las Restricciones Verticales: Convenios de Exclusividad y el Caso de los Precios Sugeridos*, Disponible en:  
<http://vlex.com.pe/vid/restricciones-verticales-sugeridos-77876481>, Páginas: 1219-1264. (2014).
- CALZADA, GABRIEL, *Competencia y Monopolio*, Disponible en:  
<http://liberalismo.org/autor/gcalzada>. (28-30 de septiembre de 2006).
- CHÁVEZ RODRÍGUEZ, MAYKEL, “La Venta Un Proceso No Una Actividad”, Disponible en:  
[http://www.elprisma.com/apuntes/mercadeo\\_y\\_publicidad/ventaproceso/](http://www.elprisma.com/apuntes/mercadeo_y_publicidad/ventaproceso/). (2014).

- COHEN, TOD, *Vice Presidente y Deputy General Counsel, Government Relations, de la Compañías Ebay*, Disponible en:  
[http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/cohen\\_testimony\\_05\\_19\\_09.pdf](http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/cohen_testimony_05_19_09.pdf)  
(May 19, 2009).
- CORWIN, EDWARD D., *Control of Cartels and Monopolies, an International Comparison*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, New York, (1967).
- CREUS CARRERAS, ANTONIO, AMADOR PEÑATE, OLIVIA, PÉREZ OLMO, GERARD, *Código de Derecho de la Competencia*, La Ley Copyright, (2006).
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. “*Notas Sobre Las Limitaciones Intrínsecas de la Autonomía de la Voluntad. La Defensa de la Competencia. El Orden Público. La Protección del Consumidor*”, en Anuario de Derecho Civil, t. XXXV, fascículo IV, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1021 y ss., y 1075-1078, (Octubre-Diciembre de 1982).
- DE MIGUEL, BERNARDO, *Bruselas Crea Una División Para Combatir los Cárteles*, Bruselas, (15 de marzo de 2005).
- DIETRICH, NINA LLC, *What impact does the Leegin decision have on consumers and what must the manufacturer consider when examining vertical price maintenance strategies?* Disponible en:  
[http://www.usitoday.com/article\\_view.asp?ArticleID=F282](http://www.usitoday.com/article_view.asp?ArticleID=F282) (2014).
- DILORENZO, THOMAS J., *El Mito del Monopolio Natural*, Disponible en:  
<http://www.liberalismo.org/articulo/270/12/mito/monopolio/natural>  
Traducido por Juan Fernando Carpio. (1996).
- DRA. ODRIOZOLA GUITART, JOHANA., *Derecho de la Competencia strictu sensu. ¿Mito o Realidad para Cuba?* Disponible en:  
<http://vlex.com/vid/competencia-strictu-sensu-mito-realidad-50234477>  
(Diciembre 2004).
- ELZINGA, KENNETH G. / MILLS, DAVID E. *The Economics of Resale Price Maintenance*, ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY, Wayne D. Collins, Ed. American Bar Association, Disponible en:  
<http://ssrn.com/abstract=926072>. (December 31, 2009), Elzinga fue el Asesor Financiero de Leegin en la litigación del caso.

- ENGLISH, JOHN, *Kay's Kloset Closing, Court's Casualty, Supreme Court Ruling Impact*, Disponible en:  
<http://www.flowermoundmessenger.com/business/story/1807.html>. (Friday Sep. 19, 2008).
- ENGLISH, JOHN, *Local Store Closing Has National Impact Friday*, Disponible en:  
<http://pubsys.flowermoundmessenger.com/news/story/1868.html> (Sep. 19, 2008).
- FISCHER STANLEY, DORNBUSCH RUDIGER, SCHMALENSEE, RICHARD, *Economía*, McGraw-Hill, pág. 262, Segunda Edición, (1990).
- FRIEDMAN, DAVID “*No Light at the End of the Tunnel*”. *Los Angeles Times*. New America Foundation. (2006).
- GALLES, GARY M., *Revelando La Realidad Del Antitrust*, Disponible en:  
<http://mises.org/Community/blogs/euribe/archive/2010/12/18/revelando-la-realidad-del-antitrust.aspx>. (2014).
- GIVENS, RICHARD A., *Antitrust, an Economic Approach*, P. 8-22, Library of Congress. (2005).
- HAIGNEY, STACY, *General Attorney de Burlington Coat Factory*, Disponible en:  
<http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/09-05-19HaigneyTestimony.pdf> (May 19, 2009).
- HARBOUR, PAMELA, *la Comisionado de la Federal Trade Commission*, Disponible en:  
<http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/09-05-19HarbourTestimony.pdf>. (May 19, 2009).
- HUERTA DE SOTO, JESÚS, *La Escuela Austriaca Moderna Frente A La Neoclásica*, Disponible en:  
[http://www.eumed.net/cursecon/textos/Huerta\\_de\\_Soto\\_austria-vs-neocla.pdf](http://www.eumed.net/cursecon/textos/Huerta_de_Soto_austria-vs-neocla.pdf). (1997).
- HUERTA DE SOTO, JESUS, *LA TEORÍA DE LA EFICIENCIA DINÁMICA*, Catedrático de Economía Política, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid. Disponible en:  
[www.jesushuertadesoto.com](http://www.jesushuertadesoto.com). (1997).

- JADLOW, JOSEPH M., *The 2007 Leegin Decision On Resale Price Maintenance And Its Implications For Firms' Distribution Strategies*, Disponible en: <http://www.thefreelibrary.com/The+2007+Leegin+decision+on+resale+price+maintenance+and+its...-a0215482703>. (2009).
- KATHY G, *Price Fixing and the Return of the Robber Barons*, Disponible en: [http://www.alternet.org/story/95461/price\\_fixing\\_and\\_the\\_return\\_of\\_the\\_robber\\_barons](http://www.alternet.org/story/95461/price_fixing_and_the_return_of_the_robber_barons). (August 18, 2008).
- KIRZNER, I.M. “*Los Objetivos de la Política Antitrust: Una Crítica*”. Tradu. de Eva Rosa Muñío Isac. *Revisión de Jesús Huerta de Soto*. (Diciembre, 1998).
- KIRZNER, I.M., *Escuela Austríaca de Economía*, Disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/Kirzner-austriaca.htm>. (1998).
- KOHL, HERB, *United States Senator of Wisconsin*, Disponible en: [http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/kohl\\_statement\\_05\\_19\\_09.pdf](http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/kohl_statement_05_19_09.pdf), (May 19, 2009).
- KOTLER, P., *Gerencia de Comercialización*, Prentice-Pasillo, 7.º ed., (1991).
- KOTLER, PHILIP, *Dirección de marketing - Conceptos esenciales*, Primera Edición. Prentice Hall, página 144, (2002).
- LAUREANCE, WU, *Assessing the Competitive Impact of Resale Price Maintenance: Practical Implications of The Supreme Court Decision in Leegin*, Disponible en: [http://www.nera.com/extImage/AT\\_Insights\\_549\\_0707-FINAL.pdf](http://www.nera.com/extImage/AT_Insights_549_0707-FINAL.pdf). (April-June 2007).
- LAVOIE, MARK, *La Economía Postkeynesiana*. Barcelona: Icària Editorial. ISBN 84-7426-785-4 (2004).
- LETWIN, W. *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Law*. Chicago: University of Chicago Press. (1965).
- MARVEL & MCCAFFERTY, *The Political Economy of Resale Price Maintenance*, 94 *J. Pol. Econ.* 1074, 1075 (1986).
- MCCONNELL CAMPBELL, R., BRUE STANLEY, L. *Economía*, Décimotercera Edición, Páginas, 681-682, G-23. (1997).

- MOORE, THOMAS, *El Cuidado del Alma, Segunda Parte*, (2002).
- MUSASHI, MIYAMOTO, *Libro "The Book of Five Rings"., Traducido por William Scott Wilson, (2002), Second Day of the Fifth Month, Second Year of Shoho, (1645).*
- NAVAS, JOSÉ A. *La CNMC Anuncia Una 'Cruzada' Contra Los Cáteles Como Eje De Su Plan Estratégico*, *El Confidencial*, *El Diario de los Lectores Influyentes*: Disponible en: [http://www.elconfidencial.com/economia/2014-05-13/la-cnmc-anuncia-una-cruzada-contra-los-carteles-como-eje-de-su-plan-estrategico\\_129948/](http://www.elconfidencial.com/economia/2014-05-13/la-cnmc-anuncia-una-cruzada-contra-los-carteles-como-eje-de-su-plan-estrategico_129948/). (13 de junio de 2014).
- PASCUAL Y VICENTE, JULIO, *La Nueva Regulación Europea General de las Restricciones Verticales de la Competencia*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid, (2003).
- PESQUEIRA BANDERAS, MANUEL, *El Derecho Frente A La Libre Competencia: Una Visión Retrospectiva*, *Revista Temas de Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral. Año XVIII, (2003).
- PITOFSKY, ROBERT, *In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing*, 71 *GEO. L.J.* 1487, 1492 (1983).
- POSNER, RICHARD A. *How Judges Think (Pims - Polity Immigration and Society Series)*, (2010).
- POSNER, RICHARD A., *Antitrust Law*, Second Edition (2001).
- PROSKAUER ROSE LLP, D JAFFE HELENE , BATTIS ALICIA J , COOPER SCOTT P , KASS COLIN , KUSINITZ ALAN R. AND KRULLA RHETT R , *Judge Posner on the Limits of the Per Se rule Against Price Fixing*, (May 8, 2013).
- QUENTIN, RIEGEL, *NAM Counsel Says High Court Decision Does Not Legalize Resale Price Maintenance*, Disponible en: <http://www.nam.org/Communications/Articles/2007/06/NAMCounselSaysHighCourtDecisionDoesNotLegalizeResalePriceMaintenance.aspx>. (Jun 28, 2007).
- RALLO, JUAN RAMÓN, *Dos Conceptos de Competencia: Los Taxis contra Microsoft*, disponible en: <http://ilustracionliberal.com/44/>. (2010).

- RIVERA GARCÍA, IGNACIO, *Inmunidad*, Diccionario de Términos Jurídicos, p. 130. 3ra Edición. (2000).
- SAFERSTEIN, HARVEY I., *State Antitrust Practice and Statutes (Fourth) By American Bar Association. Section of Antitrust Law*, Pág. (47-13), y siguientes. (2009).
- SAVAGE, DAVID G. AND YI, DANIEL, Time Staff Writers, L.A. Times, *Justices Overturn Ban on Price-Fixing*, Disponible en: <http://articles.latimes.com/2007/jun/29/nation/na-prices29> (June 29, 2007).
- SERBIA XAVIER, Periódico El Nuevo Día de Puerto Rico, *Fijar el Precio Minorista: ¿Un Monopolio?* (15 de julio de 2007).
- SHEFFRIN, STEVEN M. *Economics: Principles in action*. Upper Saddle River, New Jersey 07458: Pearson Prentice Hall. p. 157. ISBN 0-13-063085-3. (2003).
- SLATER, DAN, *The Legacy of Leegin: Price-Fixing, the Comeback Kid of Antitrust Law*, Disponible en: <http://blogs.wsj.com/law/2008/08/18/the-legacy-of-leegin-price-fixing-the-comeback-kid-of-antitrust-law/>. (August 18, 2008).
- SUGARMAN KARLENE, “*Winning the Mental Way*”, <http://www.brianmac.co.uk/articles/scni13a2.htm>, (July, 1999).
- WERNECK BRUNO DARIO, FLAUSINO COELHO GUSTAVO, AND VILLELA ALVES DA SILVA, MAFRA RICARDO, *Resale Price Maintenance And The Brazilian Antitrust Law*, P. 227-228. Rev. de Derecho de Competencia. Bogotá Colombia, Vol. 7. Núm. 7, (December 2011).
- WILCOX, CLAIR, *Competition and Monopoly in the American Industry*, Greenwood Press Publishers, Westport Connecticut, (1970).
- WILSON, JAMES A. en *Representación de la American Bar Association*, Disponible en: <http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/09-05-19WilsonTestimony.pdf>. (May 19, 2009).
- ZIPITRÍA, LEANDRO, *Algunas Reflexiones Desde La Visión Económica Sobre La Nueva Ley De Defensa De La Competencia*, Disponible en: <http://leandrozipitria.files.wordpress.com/2008/12/2009-def-comp-lz-ada.pdf>. (2008-2009).

## **B. Legislación:**

### **Unión Europea:**

#### **Tratados:**

- *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Art. 101, 259 y 260*, Publicado en el DOUE núm. C. 83, de 30 de marzo de 2010. Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/ttce.p3t7.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/ttce.p3t7.html).
- *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada Niza) - Tercera parte: Políticas de la Comunidad - Título VI: Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones - Capítulo 1: Normas sobre competencia - Sección 1: Disposiciones aplicables a las empresas - Artículo 81 - Artículo 85 - Tratado CE (versión consolidada Maastricht) - Artículo 85 - Tratado CEE*, Diario Oficial n° C 325 de 24/12/2002 p. 0064 – 0065, Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12002E081:ES:HTML>.

#### **Directrices:**

- *Comunicación de la Comisión de 10 de mayo de 2010, Directrices relativas a las Restricciones Verticales [SEC (2010) 411 final]*, Disponible en: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/cc0007\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/cc0007_es.htm).
- *Comunicación de la Comisión sobre “Directrices Relativas a las Restricciones Verticales”, publicada el 13 de octubre de 2000*, Diario Oficial n° C 291 de 13/10/2000 p. 0008 – 00229 Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/30.pdf>.

**Reglamentos:**

- *Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del Artículo 101, Apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de Acuerdos Verticales y Prácticas Concertadas*, Diario Oficial n° L 102 de 23/04/2010 p. 0001 – 0008, Disponible en:  
[http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/cc0006\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/cc0006_es.htm).
- *Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas*, Diario Oficial n° L 024 de 29/01/2004 p. 0001 – 0022, Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32004R0139>.
- *Council Regulation/2003, del 16 de diciembre de 2002*, Diario Oficial n° L 01 de 04/01/2003 p. 0001 – 0025, Disponible en:  
[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2003/l\\_001/l\\_00120030104es00010025.pdf](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2003/l_001/l_00120030104es00010025.pdf).
- *Reglamento de Exención por Categorías para las Restricciones Verticales de la Comunidad Europea (CE) Núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999*, Diario Oficial n° L 336 de 29/12/1999 p. 0021 – 0025, Disponible en:  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31999R2790>.

**España:**

**Constitución:**

- *Const. Esp. Art. 38.*, BOE-A-1978-31229, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.) Disponible en:  
[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229).
- *Const. Esp. Art. 149.1.13ª.*, BOE-A-1978-31229, «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.) Disponible en:  
[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229).

**Leyes:**

- *Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, BOE-A-2013-5940, «BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2013, páginas 42191 a 42243 (53 págs.) Disponible en:  
[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5940](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5940).
- *LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, BOE-A-2007-12946, «BOE» núm. 159, de 04/07/2007. Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.
- *LEY 1/2002, Coordinación de Competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia*, Official State Gazette No. 46. Friday, 22nd February 2002, Disponible en:  
<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Legislacion/NormativaEstatal/tabid/81/Default.aspx>.
- *Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de Julio*, BOE-A-1989-16989, «BOE» núm. 170, de 18 de julio de 1989, páginas 22747 a 22753 (7 págs.) Disponible en:  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-16989>.
- *Ley 110/1963, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, BOE-A-1963-14051, «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 1963, páginas 11144 a 11152 (9 págs.) Disponible en:  
[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1963-14051](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1963-14051).

**Decretos:**

- *Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*, BOE-A-2008-3646, BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008, páginas 11575 a 11604 (30 págs.), Disponible en:  
<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-3646>.
- *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, BOE-A-2007-20555, BOE núm. 287, de

30 de noviembre de 2007, páginas 49181 a 49215 (35 págs.), Disponible en:  
[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-20555](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-20555).

**Estados Unidos:**

**Leyes:**

- *Discount Pricing Consumer Protection Act*, Disponible en:  
<http://www.opencongress.org/bill/110-s2261/show>, (January 6 2009).
- *The Discount Pricing Consumer Protection Act*, Disponible en:  
<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:S.148>, (January 6 2009).
- *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, 15 USC Sec 6<sup>a</sup>. (1982)
- *Consumer Goods Pricing Act*, 89 Stat. 801. (1975).
- *McGuire Act*, 66 Stat. 631. (1952).
- *Celler-Kefauver Act of 1950*, 15 U.S.C. § 18 (1950).
- *Miller-Tydings Fair Trade Act*, 50 Stat. 693. (1937).
- *Robinson Pat-man Act*, 15 USC § 13. (1936).
- *Ley de Rehabilitación Industrial Nacional*, 48 Stat. Parte 1, cap. 90, p. 195; 15 U.S.C.A., sec. 705. (1933).
- *Webb-Pomerene Export Trade Act*, 15 U.S.C. 61 et seq. (1918).
- *Clayton Anti-Trust Act*, 15 U.S.C.& 12 et seq. (1914).
- *Federal Trade Commission Act*, § 46(b) 15 USC 2. (1914).
- *Sherman Anti-Trust Act*, 15 U.S.C.A. § 1, 2. (1890).

**PUERTO RICO:**

**Leyes:**

- *Ley Núm. 77 de 25 de junio de 1964, según enmendada; 10 L.P.R.A 257 et seq.*
- *Ley Núm. 2 de 15 agosto de 1933.*

**Código Civil:**

- *C.Civ. P.R., art. 1207, 31 L.P.R.A. sec. 3372.*

### **C. Jurisprudencia**

#### **Unión Europea:**

##### **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:**

- *Sent. del T.J.C.E. (Sala Cuarta), Britannia Alloys & Chemicals/Comisión, 7 de junio de 2007.*
- *Sent. del T.J.C.E. Continental Can, del 21 de febrero de 1973.*

##### **Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas:**

- *Sent. del T.P.I.C.E., T-330/01 del 27 de septiembre de 2006.*

#### **Comisión Europea**

- *Decisión de la Comisión 97/26/CE, Asunto n° IV/M.619, Gencor v. Lonrho, DO L 11 de 14 de enero de 1997.*

#### **España:**

##### **Tribunal Constitucional**

- *Sent. del T.C. de la Sección Segunda de 25 de abril de 1968 en el caso de Gases Industriales, y en la Sentencia de la Sección Primera de 31 de enero de 1968.*
- *Sent. del T.C de la Sección Segunda de 17 de octubre de 1966, (Distribuidora de Corchos de Trituración), confirmada por Sentencia del Pleno de 8 de marzo de 1967.*

##### **Tribunal de Defensa de la Competencia**

- *Sent. del T.D.C., RESOLUCIÓN (Expte. 298/91) del 4 de febrero de 1993.*

**Tribunal Supremo:**

- *Sent. del T. Supre. Nº de Recurso: 1418 / 1996, Órgano: Tribunal Supremo, Sede: Madrid, Recurso Casación del 22 de abril de 2002.*

**Audiencia Nacional:**

- *Sent. Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso Sede: Madrid, Nº de Recurso: 270 / 2004, del 9 de julio del 2008.*

**Estados Unidos:**

**Tribunal Supremo:**

- *Leegin Creative Leather Products, Inc, v. PSKS, Inc, dba Kay's Klosets, Kay's Shoes, 2007 S.Ct. 1835892 (U.S.).*
- *Leegin Creative Leather Products, Inc, v. PSKS, Inc, Dba Kay's Klosets, Kay's Shoes, 2007 S.Ct. 1835892 (U.S.). (Op. Disidente del Juez Breyer, Stevens, Souter, y Ginsburg).*
- *F. Hoffman-la Roche ltd. Et al. V. Empagran S. A. Et al, 542 U.S. 155 (2004).*
- *State Oil Co. V. Khan Et Al, 522 U. S. 3, (1997).*
- *Atlantic Richfield Co. v. U.S.A. Petroleum Co., 495 U.S. 328. (1990).*
- *Business Electronics v. Sharp Electronics Corp., 485 U. S. 717, 723 (1988).*
- *Monsanto Co. v. Spray Rite Service Corporation, 465 U.S. 752. (1984).*
- *Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).*
- *William Inglis & Sons v. ITT, 459 U.S. 825 (1982).*
- *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc. 433 U. S., at 57–59. (1977).*
- *U.S. v. General Electric, 42 Fed. Reg. 17,004 (1977).*
- *Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975).*
- *Albrecht v. Herald Co., 390 U. S. 145 (1968).*
- *Utah v. Continental Baking, 386 US 685, (1967).*
- *United States v. Arnold, Schwinn & Co. - 388 U.S. 365 (1967).*
- *Federal Trade Comission v. Morton Salt, 334 US 37 (1948).*

- *Socony Vacuum Oil Co. v. United States*, 310 U.S. 150 (1940).
- *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).
- *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, (1911).
- *U.S. v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 221, (1911).
- *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park*, 220 U. S. 373, (1911).

***Tribunal del Primer Circuito de Apelaciones:***

- *Caribe BMW v. Bayerische Motor en Werke*, 19 F.3d 745, 754 (1st Circ. 1994).

***Puerto Rico:***

***Tribunal Supremo:***

- *P.R. Fuels, Inc. v. Empire Gas Co., Inc.*, 149 D.P.R. 691 (1999).
- *Pressure Vessels P.R. v. Empire Gas P.R.*, 137 D.P.R. 497 (1994).
- *Protane Gas Co. of P.R. v. Ramos*, 95 D.P.R. 419 (1967).
- *Pueblo v. Shell Co. (P.R.) Ltd.*, 56 D.P.R. 57 (1940).
- *Pueblo v. Galanes*, 15 D.P.R. 390 (1909).

**D. Documentación obtenida vía Internet:**

- *Acuerdo*, Disponible en: <http://resolucionleyacuervo.blogspot.com/2008/04/que-es-acuerdo.html>. (1 de abril de 2008).
- *Autarquía*, Disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon/dic/bzm/a/autarquia.htm>. (2014).
- *Big Bang*, Disponible en: <http://www.misrespuestas.com/que-es-el-big-bang.html>. (2014).
- *Cadena de Distribución*, Disponible en: <http://definicion.de/distribucion/>. (2014).
- *Colusión Tácita*, Disponible en: [http://www.eco.uc3m.es/docencia/politicascompetencia/transparencias/Colusion\\_competencia\\_Clase.pdf](http://www.eco.uc3m.es/docencia/politicascompetencia/transparencias/Colusion_competencia_Clase.pdf). (2014).

- *Comisión Europea, Disponible en:*  
*<http://ec.europa.eu/competition/>. (2014).*
- *Comisión Nacional de la Competencia, Disponible en:*  
*<http://www.cncompetencia.es/>. (2014).*
- *Concentración, Disponible en:*  
*<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/informe%20Gurovic.pdf>. (Octubre de 2007). (2014).*
- *Definición de Fijación, Disponible en:*  
*<http://definicion.de/fijacion/>. (2014).*
- *Demanda Elástica, Disponible en:*  
*[http://es.mimi.hu/economia/demanda\\_elastica.html](http://es.mimi.hu/economia/demanda_elastica.html).*
- *Despilfarro, Disponible en:*  
*<http://www.wordreference.com/definicion/despilfarro>. (2014).*
- *Detallistas, Disponible en:*  
*<http://es.thefreedictionary.com/detallista>. (2007).*
- *Dinámica Competitiva Alta, Disponible en:*  
*<http://estrategiahoy.com/tag/dinamica-competitiva/>. (2014).*
- *Distorsionador, Disponible en:*  
*<http://www.definition-of.net/definicion-de-distorsionador>. (2014).*
- *El Precio Aspectos Generales, Disponible en:*  
*<http://www.uv.es/cim/pyp-dem/download/tema001a.pdf>. (2014).*
- *Experiencia Adquirida Hasta La Fecha En Materia De Cooperación Internacional Sobre Cuestiones De Política De La Competencia y Los Mecanismos Utilizados, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Disponible en: <http://unctad.org/es/docs/c2clp21.sp.pdf>. (8 de mayo 2001).*
- *Federal Trade Comission, Disponible en: Disponible en:*  
*<http://www.ftc.gov/>. (2014).*
- *Gov.Track.us, A Civic Project to Track Congress, Disponible en:*  
*<http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=s112-75>, (March 20, 2011).*
- *Gov.Track.us, A Civic Project to Track Congress, Disponible en:*  
*<http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=h112-3406>, (January 5, 2012).*

- *Homogéneo, Disponible en:*  
*<http://www.wordreference.com/definicion/homog%C3%A9neo>. (2005).*
- *Índice de Herfindahl-Hirschman, Disponible en:*  
*<http://www.investopedia.com/terms/h/hhi.asp>. (2014).*
- *Irradicable, Disponible en:*  
*<http://www.wikilang.com/English/Spanish/suppressible/erradicable/1329599>. (2014).*
- *La Comisión Federal de Comercio, Disponible en:*  
*<http://www.usa.gov/gobiernousa/directorios/federal/comision-federal-comercio.shtml>. (12 de junio de 2014).*
- *La Fijación de Precios Obligatorios, Disponible en:*  
*<http://www.nocturnar.com/forum/economia/245189-fijacion-de-precios-obligatorios.html>. (2014).*
- *La Nueva Comisión Nacional de los Mercados y Competencia, Disponible en:*  
*<http://m.hoganlovells.com/files/Publication/f8698cfd-2191-4b14-8f4e-486cd5edd84a/Presentation/PublicationAttachment/4a58599e-cc9f-483b-9fb2-508fc3bb393c/La%20nueva%20Comisi%C3%B3n%20Nacional%20de%20los%20Mercados%20y%20la%20Competencia.pdf>. (Junio de 2013).*
- *Libertad Económica, Disponible en:*  
*<http://www.elindependent.org/articulos/article.asp?id=51>. (2014).*
- *Libre Competencia, Disponible en:*  
*<http://www.derecho.com/c/Libre+competencia>. (2014).*
- *Liderazgo en los Precios, Disponible en:*  
*[http://es.mimi.hu/economia/liderazgo\\_de\\_precios.html](http://es.mimi.hu/economia/liderazgo_de_precios.html). (2014).*
- *Marketing Everything: Procedimiento de Fijación de Precios, Disponible en:*  
*<http://moomersgirl.blogspot.com/2010/02/procedimiento-de-fijacion-de-precios.html>. (Junio 2013).*
- *National Asociation of Manufacturers, U.S. Supreme Court's Antitrust Ruling: What's Ahead for Retailers? Disponible en:*  
*<http://www.cnbc.com/id/19502091&cid=0&ei=1qiGRuu3CoKcrQOlorWbCQ>. (June 29, 2007).*

- *Oligopolio Colusivo, Disponible en:*  
*[http://custurateodora.blogspot.com/2010/01/tema-6-modelos-de-mercados\\_17.html](http://custurateodora.blogspot.com/2010/01/tema-6-modelos-de-mercados_17.html). (17 de enero de 2010).*
- *Poder de Mercado, Disponible en:*  
*[http://es.mimi.hu/economia/poder\\_de\\_mercado.html](http://es.mimi.hu/economia/poder_de_mercado.html). (2014).*
- *Precios de Monopolio, Disponible en:*  
*<http://www.eumed.net/cursecon/dic/bzm/p/preciom.htm>. (2014).*
- *Preferencias Sociales, Disponible en:*  
*<http://www.eumed.net/libros/2010a/647/Economia%20Experimental%20y%20las%20preferencias%20sociales.htm>. (2014).*
- *Principios de Economías, Disponible en:*  
*<http://html.rincondelvago.com/principios-de-economia.html>. (2014).*
- *Producto, Disponible en: <http://definicion.de/producto/>. (1 de junio de 2000).*  
*Productos Homogéneos, Disponible en:*  
*[http://es.mimi.hu/economia/productos\\_homogeneos.html](http://es.mimi.hu/economia/productos_homogeneos.html). (2014).*
- *Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22.ª Edición, Disponible en:*  
*<http://www.wordreference.com/definicion/franquicia>. (2001).*
- *THE SUPREME COURT, 2006 TERM: LEADING CASE: Federal Statutes and Regulations -- Sherman Act -- Minimum Resale Price Maintenance, Harvard Law Review, 121 Harv. L. Rev. 425, Disponible en:*  
*[http://hllr.rubystudio.com/media/pdf/leegin\\_v\\_PSKS.pdf](http://hllr.rubystudio.com/media/pdf/leegin_v_PSKS.pdf), (November, 2007).*
- *Unión Europea, Disponible en:*  
*[http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/council-eu/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/council-eu/index_es.htm). (2014).*
- *United States Department of Justice, Disponible en:*  
*<http://www.usdoj.gov/>. (2014).*
- *Visión Empresarial, Disponible en:*  
*<http://axeleratum.com/2010/vision-empresarial/>. (22 de noviembre de 2011).*

**Otras Fuentes Consultadas:**

- *EXPOSICIÓN DE LOS TIPOS DE DISPOSICIONES COMUNES INCLUIDAS EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE COOPERACIÓN SOBRE POLÍTICA DE COMPETENCIA, EN PARTICULAR EN LOS ACUERDOS BILATERALES Y REGIONALES, Y DE LA APLICACIÓN DE DICHAS DISPOSICIONES*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Disponible en:  
[http://unctad.org/es/docs/tdrbpconf6d3\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/docs/tdrbpconf6d3_sp.pdf). (6 de Septiembre de 2005).
- *La Comisión Federal de Comercio*, Disponible en:  
<http://www.usa.gov/gobiernousa/directorios/federal/comision-federal-comercio.shtml>. (12 de junio de 2014).
- *Partidas de Alfonso el Sabio*, Disponible en:  
<http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>. (2014).

