

Distr.
RESERVADA

UNCTAD/ITCD/CLP/Misc.8
12 de enero de 1999

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

La política de defensa de la competencia
y las restricciones verticales

Nota de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

Entendemos por restricciones verticales la amplia gama de acuerdos entre empresas independientes vinculadas entre sí por una relación comprador-vendedor, como la existente, por ejemplo, entre el fabricante de automóviles y sus distribuidores. La presente nota proporciona un análisis de algunas de las cuestiones a que han de hacer frente los órganos reguladores de la competencia recientemente creados al examinar las restricciones verticales y decidir si se tratan de prácticas que tienen un efecto positivo o negativo en la competencia y la prosperidad de los mercados estudiados. Pese a ser estos acuerdos verticales entre empresas una característica constante de la actividad económica, no se ha alcanzado un consenso claro sobre sus consecuencias en la prosperidad de los mercados ni sobre sus implicaciones teóricas. En un extremo se ha considerado que las restricciones constituyen instrumentos sistemáticamente empleados para perturbar la competencia y reducir el bienestar. Se alega más concretamente que son los fabricantes y los distribuidores quienes establecen estas restricciones para reducir la competencia y levantar barreras a la entrada de productos competidores aumentando de esta forma el margen de beneficios a costa de los consumidores y de la sociedad en general. En el otro extremo se ha considerado que todos los acuerdos entre partes a distintos niveles de la cadena vertical contribuyen positivamente a la eficiencia de la producción y distribución de bienes y servicios. Aunque todavía no se ha llegado a un consenso nítidamente definido, cada vez se reconoce en mayor medida la necesidad de examinar los diversos y a veces contrapuestos efectos que las restricciones verticales producen en la competencia y en la eficiencia, según las específicas condiciones estructurales del mercado de que se trate. En los mercados con una fuerte concentración e importantes barreras a la entrada de productos competidores, las empresas con una posición de mercado dominante pueden utilizar las restricciones verticales con fines exclusivistas y contrarios a la libre competencia, que permiten una mayor explotación del mercado. En los mercados con escasa concentración, se espera que las restricciones verticales produzcan efectos favorables a una mayor competencia y a un mayor bienestar.

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	1 - 42	3
A. Tipos de restricciones verticales	4 - 12	4
B. Efectos de las restricciones verticales en la competencia y la eficiencia	13 - 33	5
C. Efectos de la eficiencia y la libre competencia en la evaluación de las restricciones verticales	34 - 42	12
<u>Anexo:</u> Breve examen del trato dado a las restricciones verticales en algunas jurisdicciones		19

INTRODUCCIÓN

1. Por el término "restricciones verticales" entendemos la amplia diversidad de acuerdos entre empresas independientes vinculadas entre sí por una relación de comprador a vendedor, como la existente, por ejemplo, entre un fabricante de automóviles y sus distribuidores. Estos acuerdos restringen la libertad de acción de las empresas que se encuentran a todo lo largo de la cadena de producción para operar sin trabas en el mercado y pueden influir en los precios, la producción y las condiciones de reventa en las etapas finales de la producción. Pese a que las restricciones verticales aparecen en todas las etapas de la cadena de producción-distribución, la atención de los órganos reguladores de la competencia se ha centrado especialmente a los acuerdos relativos a la etapa de distribución. También pueden aparecer comportamientos oportunistas específicos que pueden tratarse como restricciones verticales a nivel fabricante-distribuidor, considerándose menos probable que dichos comportamientos surjan en otras etapas de la actividad económica. Pese a que los acuerdos verticales entre empresas han sido una característica constante de la actividad económica, nunca se ha llegado a un consenso claro sobre sus efectos en el bienestar económico ni sus implicaciones teóricas. Es más, han surgido opiniones completamente contrapuestas, tanto en la teoría como entre los encargados de la aplicación práctica de la política de la libre competencia.

2. Como opinión extrema, se ha considerado que las restricciones verticales constituyen instrumentos sistemáticamente empleados para impedir la libre competencia y reducir el bienestar. Se ha dicho más concretamente que fabricantes y distribuidores han implantado dichas restricciones para reducir la libre competencia y levantar barreras contra la entrada de productos competitivos, aumentando de esta forma el margen de beneficio a costa de los consumidores y de la sociedad en general. En el otro extremo, se ha estimado que todos los acuerdos entre partes en distintas etapas de la cadena vertical contribuyen positivamente a la eficiencia de la producción y la distribución de bienes y servicios. Pese a que no se ha llegado a un claro consenso, se reconoce cada vez en mayor medida la necesidad de examinar los diversos efectos a veces contrapuestos que las restricciones verticales ejercen en la competencia y la eficiencia según las condiciones estructurales específicas del mercado de que se trate. En los mercados con una alta concentración e importantes barreras a la entrada de mercancías, las empresas en una situación de mercado dominante ¹ podrán ejercer el "poder de mercado". Esta es la capacidad de las empresas de aumentar los precios por encima del nivel competitivo durante un período importante de tiempo y de beneficiarse de esa fijación de precios contraria a la competencia. Cuando existe una situación de poder de mercado, es posible utilizar con éxito restricciones verticales con fines contrarios a la competencia y de exclusión, que producen una mayor explotación del mercado.

3. La presente nota fue preparada como documento de base para las actividades de asistencia técnica de la Sección de Derecho y Política de Competencia y Defensa del Consumidor de la UNCTAD. Su finalidad es facilitar un análisis de algunas de las cuestiones a las que se enfrentan quienes establecen las políticas de defensa de la competencia en el examen de dichas prácticas. Se examinan en especial los elementos que han de tenerse en

cuenta al determinar si una determinada práctica (o conjunto de prácticas) producirá un aumento o una disminución de la libre competencia y del bienestar del mercado de que se trate. Pese a que los objetivos de la política de defensa de la competencia varían de una jurisdicción a otra y a menudo incluyen objetivos sociales y políticos más amplios, cada vez es mayor el acuerdo sobre la necesidad de mantener un grado efectivo de rivalidad entre las empresas para conseguir un máximo de eficiencia como primer objetivo de la aplicación de las leyes y políticas de defensa de la competencia. Consecuentemente, la presente nota examina los efectos de las restricciones verticales en la eficiencia general, separando, siempre que es posible, los efectos ventajosos para el consumidor y el productor. En el anexo I figura un breve examen del trato dado a las restricciones verticales en algunas jurisdicciones.

A. Tipos de restricciones verticales

4. En todas las economías puede encontrarse una amplia gama de restricciones verticales, muy a menudo aplicadas en paquetes. Entre las más empleadas cabe mencionar: a) la fijación de precios de reventa; b) la negativa a tratar; c) la exclusividad; d) la exclusividad territorial; e) la fijación de cantidades; f) la vinculación de ventas; g) la imposición de un surtido completo. Como no se pretende que sea exhaustiva, la lista no abarca todos los tipos existentes de restricciones verticales que pueden encontrarse en el comercio. Asimismo, conforme se introduzcan en el mercado sistemas de distribución nuevos y más innovadores, habrá que esperar también la aparición de nuevas formas de acuerdos contractuales verticales.

5. La fijación de precios de reventa (o fijación vertical de precios) es un acuerdo por el que el fabricante establece el precio que los distribuidores pueden cobrar en la reventa del producto o el servicio. Normalmente sólo se fija un precio máximo (precio tope) o mínimo (precio base), permitiendo de esta forma una mayor flexibilidad de precios a las empresas en las fases finales de la cadena de producción. También, en muchos casos, se sugiere más que se impone al detallista un "precio recomendado", quien sigue teniendo la última palabra sobre el precio a los consumidores finales. En cualquier caso, cabe señalar que los detallistas pueden también reducir los precios proporcionando condiciones más favorables en las formas de pago, precio de las entregas, etc.

6. La negativa a tratar se refiere a la práctica de negarse a facilitar un producto a un comprador, frecuentemente un detallista o mayorista. Suele utilizarse para asegurar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la fijación de los precios de reventa.

7. La exclusividad tiene lugar cuando se exige a los distribuidores que sólo ofrezcan mercancías suministradas por un determinado fabricante y no se les permite vender marcas competidoras. La exclusividad, como término genérico, puede referirse a distintas restricciones verticales como son la exclusividad territorial, la negativa a tratar, etc. Sin embargo, hemos optado por definir de esta forma el término "exclusividad", por considerarse en este documento que es distinta a la exclusividad territorial. También a veces se le denomina "exclusividad recíproca".

8. Por la exclusividad territorial se asigna una parte del mercado al por menor a un minorista determinado. No se permite a ningún otro distribuidor suministrar a clientes en el mismo territorio, reduciendo o suprimiendo de esta forma la competencia dentro de una misma marca. El territorio asignado por el fabricante al distribuidor se define normalmente mediante límites geográficos, pese a que la segmentación del mercado al por menor puede también basarse en el tipo de clientes o en el método de distribución. Por ejemplo, un distribuidor puede tener la distribución exclusiva de un determinado producto cuando los pedidos se hacen por correo. También varían los grados de exclusividad territorial según el nivel de competencia que todavía se permita dentro de la misma marca. Los fabricantes pueden decidir sencillamente la localización específica de los mercados minoristas que ofrecen sus productos, comprometiéndose a no autorizar el establecimiento de otros distribuidores en esas zonas, aunque permitiendo al mismo tiempo los envíos desde otras zonas. La versión más estricta de exclusividad territorial obliga a los distribuidores a no vender mercancías a los clientes que no pertenezcan al territorio específico que se les ha asignado.

9. La fijación de cantidades se refiere a los acuerdos contractuales verticales en los que se establece la cantidad de bienes que los minoristas están obligados a adquirir al fabricante. Cuando se conoce la demanda a que ha de hacer frente el minorista y ésta está directamente relacionada con el precio final, la fijación de cantidades puede ser muy similar a la fijación de precios de reventa; las partes pueden sencillamente acordar una cantidad máxima o mínima de compras.

10. Por venta condicionada (o "vinculación de ventas") se conoce la situación en que un fabricante sólo venderá un producto a un distribuidor, a un minorista o a un consumidor si el comprador adquiere otro producto que no guarda relación con el anterior. La venta se denomina también "condicionamiento de venta".

11. La imposición de un surtido completo (que se considera una forma especial de venta condicionada) supone la adquisición forzada por los distribuidores de toda una gama de productos de un determinado fabricante.

12. Puede observarse en la mayoría de las jurisdicciones una clara distinción entre el trato dado a la fijación de precios de reventa, normalmente prohibida inequívocamente, y otros tipos de restricciones verticales, que las más de las veces se examinan caso por caso, evaluando los efectos favorables y negativos para la libre competencia. Esta distinción guarda relación con la idea de que la fijación de precios de reventa produce más efectos nocivos para la libre competencia y que las presuntas ventajas de su uso pueden obtenerse con otros medios menos contrarios a la libre competencia.

B. Efectos de las restricciones verticales en la competencia y la eficiencia

13. Son varias las razones del amplio uso que las empresas hacen de las restricciones verticales en todo tipo de actividades comerciales, según se examina más abajo. Es importante señalar que las empresas que se encuentran antes y después de la cadena de producción y que pertenecen a la misma cadena

de producción-distribución vertical están estrictamente relacionadas entre sí: las decisiones sobre fijación de precios, cantidades y servicios facilitados que adopte una empresa tienen un efecto directo en las demás empresas.

Doble recargo de precios

14. Cuando las empresas de distribución se encuentran en condiciones de ejercer el poder de mercado les interesa aumentar los precios y reducir la producción para obtener beneficios extraordinarios en el mercado. Si el fabricante disfruta también del poder de mercado y añade su propio margen de beneficios extraordinario, el precio final a los consumidores estará sujeto a un doble recargo. Este doble recargo, establecido independientemente en las fases de producción y distribución, llevará a una reducción de los beneficios totales de las empresas que se encuentran a lo largo de la cadena de producción así como del bienestar de los consumidores, a diferencia de una solución más operativa, dado que la coordinación aumentaría la eficiencia global de las empresas interesadas y los consumidores se beneficiarían de precios inferiores.

15. Para hacer frente a los dobles recargos, los fabricantes disponen, además de la opción de la plena integración vertical, la posibilidad de emplear distintas restricciones verticales que llevarían a su supresión o reducción. Una posibilidad es imponer precios de reventa (máximos) para reducir al mínimo o eliminar los excesivos márgenes de beneficio del distribuidor. Otra es obligar al distribuidor a adquirir una cantidad mínima del producto que sería semejante a la cantidad que permitiría el equilibrio de maximización de beneficios en la estructura vertical como un todo. Sin embargo, para estimar este valor, el fabricante necesita información detallada sobre las condiciones de la demanda con que se enfrenta cada distribuidor. Esa información pocas veces es exacta y fiable. Otra solución al problema del doble recargo es que el fabricante promueva entre los minoristas una competencia suficientemente fuerte para eliminar los márgenes excesivos de los minoristas. Sin embargo, en determinadas circunstancias del mercado, la eliminación del poder de mercado del distribuidor no es posible o no es deseable ².

Beneficios gratuitos en el sector de la distribución

16. La venta al por menor es un insumo esencial en el proceso de venta por la empresa de bienes y servicios a los consumidores finales. Al igual que con cualquier otro insumo, los fabricantes desean pagarlo al menor precio posible. En especial, como se menciona más arriba, una vez han decidido cuáles son los precios al por mayor más adecuados para sus productos (que pueden ser superiores a los precios competitivos cuando es posible ejercer el poder de mercado), les conviene asegurar que las empresas que negocian con sus bienes venden la cantidad más elevada al precio más bajo, ya que se espera maximizar la demanda de sus productos así como sus beneficios totales. Tienen, por consiguiente, intereses creados en el mantenimiento de la competencia entre distribuidores.

17. Sin embargo, varias de las restricciones verticales más corrientemente utilizadas por los fabricantes (como la fijación de precios de reventa y la exclusividad territorial) permiten al parecer a los distribuidores fijar los precios por encima del nivel que cabría esperar de no emplearlas. Este resultado se obtiene o bien directamente estableciendo los precios de reventa de los distribuidores o, indirectamente, permitiendo a los minoristas que recurran al poder de mercado, por ejemplo, cediéndoles la exclusividad total o parcial del mercado de un determinado lugar ³. Su efecto es reducir la competencia entre los distribuidores de una misma marca (competencia dentro de una misma marca), lo que lleva a un aparente deterioro de la situación desde el punto de vista del fabricante (además de a precios más elevados para los consumidores), con una reducción de la venta de las mercancías y unos niveles inferiores de beneficios.

18. Es posible, sin embargo, explicar esta situación aparentemente paradójica si se tiene en cuenta que la venta de productos manufactureros depende también en gran parte de la calidad de los servicios de preventa y posventa facilitados por sus distribuidores. Esto resulta especialmente cierto en el caso de productos complejos como computadores o coches. El cliente suele solicitar información sobre las características específicas de esos productos, en especial de modelos de reciente introducción en el mercado; muchas veces necesitan probarlos antes de decidirse a comprarlos. Es interesante por tanto para el fabricante que sus productos se vendan junto con determinados servicios. Estos servicios de distribución, que posiblemente exijan un personal debidamente formado y costoso e inversiones especializadas, también pueden contribuir a un aumento de las ventas globales así como de los beneficios ⁴. Los beneficios de estas ventas adicionales pueden distribuirse entre el fabricante y sus distribuidores. Si los servicios añadidos benefician a toda la cadena de producción, ¿por qué no ha de poder el mercado facilitar autónomamente la cuantía deseada de servicios relacionados con las ventas?

19. A este respecto, cabe observar que algunos (pero no todos) de los servicios relacionados con la distribución pueden consumirse separadamente del propio producto. Por ejemplo, un cliente puede ir a un concesionario de computadoras y recibir allí toda la información y la asistencia necesaria en relación con la última versión de una computadora personal y seguidamente ir a otro almacén de descuento puesto sin lujos (con menos costos de distribución) para comprar a menos precio. En consecuencia, puede pasar que los minoristas que ofrecen menos o ningún servicio obtengan beneficios gratuitos en comparación con los almacenes que proporcionan mayor asistencia, quitando clientes y aumentando su participación en el mercado en detrimento de los que facilitan servicios. Por último, cabría esperar la quiebra de los almacenes que facilitan todos los servicios, que llevaría a un nivel de servicios de distribución inferior al deseado por el fabricante, con la consecuente reducción de las ventas y beneficios globales o deterioro de la deseada imagen de alta calidad de la marca en cuestión.

20. De forma semejante, existe la posibilidad de que distribuidores con mayores motivaciones inviertan cantidades más elevadas en promoción y publicidad. Sin embargo, además de los efectos claramente positivos que estas actividades pueden tener en la demanda del producto del fabricante,

también es posible que produzcan grandes beneficios a otros minoristas que para nada contribuyen a los costos que suponen. Los fabricantes pueden, por consiguiente, utilizar restricciones verticales para alentar a los distribuidores a proporcionar aquellos servicios que los clientes pueden consumir con independencia del propio producto ⁵. Aseguran en la práctica una mayor recompensa a los distribuidores por las inversiones que realizan en actividades de promoción y distribución. Es importante observar que es menos probable que el problema de los beneficios gratuitos se presente en la prestación de servicios posventa. Por ejemplo, un punto de distribución con servicios de alta calidad puede facilitar servicios de reparación no incluidos en la garantía normal a los clientes y cobrarlos por separado sin temor a los beneficios gratuitos de distribuidores que ofrecen servicios de escasa calidad.

21. Puede suceder que las restricciones verticales introducidas para hacer frente a los problemas de búsqueda de beneficios gratuitos por parte de los distribuidores aumenten las ventas y los beneficios de fabricantes y distribuidores. ¿Se traduce también el aumento de producción en un aumento del bienestar general? Para responder a esta pregunta es necesario examinar los efectos en los consumidores del empleo de restricciones verticales para reducir las posibilidades de encontrar beneficios gratuitos ⁶. Cuando se utilizan restricciones verticales, los consumidores pueden esperar un precio más elevado de los productos suministrados pero también mayores servicios relacionados con la venta.

22. Al examinar las pérdidas o ganancias globales de los consumidores, ha de determinarse si el aumento de los servicios promovido por las restricciones verticales se considera en conjunto más valioso que el aumento del precio del producto. A este respecto, es necesario recordar que no todos los consumidores comparten las mismas preferencias respecto de las ventajas e inconvenientes recíprocos de las distintas relaciones entre servicios y precios. De hecho, es posible distinguir entre los clientes en el margen de sus preferencias a los que sólo se podrá convencer de que adquieran el producto si en la compra del producto van incluidos ciertos servicios, y los clientes que en cualquier caso adquirirían el producto incluso si no existiesen esos servicios adicionales. Por ejemplo, con respecto a los servicios de demostración de preventa, los consumidores ya familiarizados con el producto (o con un producto similar) no se sentirán excesivamente impresionados por los grandes esfuerzos y las inversiones realizados por los minoristas para demostrar la calidad y las características del producto a la venta. Considerarán más bien que los costos extraordinarios efectuados constituyen un despilfarro inútil y preferirán productos suministrados con menos servicios pero a un precio inferior. Es posible, sin embargo, conseguir que otros clientes atribuyan mayor valor al producto y lo compren.

23. Por último, en toda evaluación de las ventajas de las restricciones verticales para hacer frente a los problemas de beneficios gratuitos de los distribuidores, es necesario sopesar el aumento esperado del excedente de los productores (beneficios) y los efectos de los excedentes de los consumidores: es decir, el efecto neto del aumento de la satisfacción de los clientes que se benefician de los servicios extraordinarios y la disminución del bienestar de los consumidores como consecuencia de los efectos en los clientes que no requieren dichos servicios.

24. Un factor que tiene una verdadera influencia en la posibilidad de que las restricciones verticales sean beneficiosas para los consumidores es la novedad del producto o la marca: gran número de consumidores solicitarán información sobre productos o marcas de reciente aparición en el mercado. Por otra parte, en el caso de productos y marcas consagradas y bien conocidas, lo más probable es que el efecto en los consumidores sea negativo. Otro factor es el grado de complejidad del producto. Asimismo, si los consumidores pueden elegir entre una amplia gama de marcas, les será más fácil cambiar a otros productos que estén más en consonancia con sus preferencias personales en materia de precios y servicios. Cuando existen suficientes posibilidades de elección, es más probable que las restricciones verticales que se ocupan de los beneficios gratuitos aumenten también la satisfacción de los consumidores y el bienestar total.

25. Como se dijo con anterioridad, la fijación de precios de reventa y la exclusividad territorial son tipos de restricciones verticales a veces empleados por los fabricantes para garantizar a los distribuidores un margen adecuado al objeto de alentarlos a promover las ventas con mayor entusiasmo. En caso de existir un grado suficiente de competencia dentro de la misma marca o entre distintas marcas, el margen adicional de beneficios pasará a los consumidores en forma de mejores servicios. Pese a considerarse que tanto la fijación de precios de reventa como la exclusividad territorial llevan a un aumento de los márgenes de beneficio de los minoristas, pueden surgir diferencias respecto a sus efectos en el mercado. El territorio exclusivo, en particular, permite un mayor grado de flexibilidad que la fijación de precios de reventa. En la práctica puede modificarse en función de la demanda local el tamaño específico del territorio exclusivo atribuido al distribuidor para evitar que el margen de beneficios de cada distribuidor sea excesivo. Esta flexibilidad es menos clara en la fijación de precios de reventa. Sin embargo, como señalan Scherer y Ross ⁷, la presunta mayor flexibilidad es sólo aparente. Los distribuidores pueden oponerse enérgicamente a toda propuesta de cambio en el alcance de su cobertura geográfica incluso cuando cambian las condiciones de la demanda, considerando dichos cambios como intentos inaceptables de anular sus derechos de propiedad establecidos. Este tipo de oposición surgió en la industria de bebidas no alcohólicas en los Estados Unidos durante el decenio de 1970 al oponerse abiertamente los mayoristas a cualquier revisión del marco geográfico de su exclusividad, pese a los cambios sustanciales en los costos de transporte que suponían un gran aumento de las posibles economías de escala en el comercio mayorista.

Beneficios gratuitos en el sector manufacturero

26. Otro problema de beneficios gratuitos que puede surgir en la relación fabricante-distribuidor es la aparición de comportamientos oportunistas entre las empresas proveedoras de materias primas. Es frecuente que los fabricantes, para conseguir el establecimiento de redes eficientes de minoristas, opten por aportar recursos a organizaciones de distribución, facilitando, por ejemplo, formación y conocimientos técnicos al personal de venta de las empresas (independientes) en las etapas finales de la cadena de producción. Pueden de la misma forma facilitar capital para la iniciación de actividades a tipos preferenciales y ayudarles en la elección de lugares para

la venta al por menor y en la elaboración de planes de comercialización. Los fabricantes competidores podrían beneficiarse gratuitamente de estas inversiones utilizando los mismos concesionarios y ofreciendo en consecuencia mejores precios que las empresas que han invertido en las etapas últimas de la cadena de producción. También, los fabricantes pueden intercambiar información con los distribuidores sobre los resultados de los análisis de mercado y las estrategias de comercialización que podrían transmitirse a los fabricantes competidores. La solución de que disponen los fabricantes para paliar esta posibilidad de beneficios gratuitos entre fabricantes competidores es celebrar acuerdos de exclusividad con los distribuidores: las empresas distribuidoras se comprometerán a ofrecer únicamente mercancías de un solo fabricante que podrá seguidamente recuperar sus inversiones con actividades de la fase final de la cadena de producción.

Cierre de los mercados

27. Aunque pueden utilizarse para abordar el problema de los beneficios gratuitos entre fabricantes, los acuerdos de exclusividad también pueden tener consecuencias contrarias a la competencia (y pueden utilizarse exclusivamente con ese fin) cuando tienen por resultado un aumento de las barreras a la entrada de posibles competidores o un obstáculo al crecimiento de las empresas ya establecidas en el mercado. La restricción de la competencia podría no ser necesariamente el resultado deseado por las partes interesadas sino más bien un efecto secundario no esperado de los acuerdos contractuales verticales. No obstante, se busque o no el efecto, la disminución de la competencia (y las posibles consecuencias negativas para el bienestar económico) podrían ser considerables. Cuando como consecuencia de los acuerdos de exclusividad queda vinculada una parte predominante de los concesionarios existentes, los proveedores competidores están obligados a encontrar otros distribuidores o a construir sus propias redes independientes. Los acuerdos de exclusividad podrían por ello constituir una importante barrera a la entrada de mercancías, siempre que sea importante la proporción de minoristas vinculados.

28. Por lo que respecta a la opción de participar activamente en las actividades de distribución, tal vez no se trate de una alternativa viable o sea excesivamente costosa especialmente para la pequeña y la mediana empresa, ya que para establecer una red de minoristas son necesarios recursos financieros y conocimientos técnicos específicos de los que no siempre es fácil disponer. Además, posiblemente sean necesarias grandes cantidades de tiempo y trabajo para constituir una red de distribución efectiva. Asimismo, las economías de alcance muy frecuentemente son preponderantes en la distribución de distintas líneas de productos (como en el caso de los minoristas que venden miles de distintos productos y marcas). Por esta razón, los costos de distribución serían mucho más elevados si se negara a nuevos comerciantes la utilización de las redes existentes, especialmente las de las empresas dominantes. Levantar barreras a la entrada de productos tiene consecuencias especialmente perjudiciales en la libre competencia para aquellos mercados de fabricación y distribución en los que la colusión entre las empresas interesadas es una amenaza más real y directa. Es mucho más probable que aparezcan riesgos de colusión en los mercados en los que la concentración es relativamente alta, los productos son homogéneos y la

demanda relativamente inelástica. En esos mercados, es posible en la práctica que los acuerdos de colusión puedan prosperar durante más tiempo si la entrada está cerrada, ya que los potenciales competidores no pueden desarrollarse ni fijar precios inferiores a los de las empresas existentes.

29. De no darse en el mercado las características antes mencionadas que faciliten la colusión o la existencia de empresas dominantes, puede esperarse que las posibilidades que tienen de celebrar acuerdos de exclusividad para socavar la libre competencia sean menos pronunciadas y mucho menores los incentivos para firmar acuerdos de exclusividad encaminados a reducir la competencia. No existe razón alguna para que los distribuidores deseen celebrar acuerdos de exclusividad si ello les acarrea pérdidas financieras al no poder operar más que con una gama reducida de mercancías. Pese a ello tal vez deseen hacerlo si los fabricantes los recompensan debidamente, es decir, si participan en los beneficios adicionales derivados de la reducción de la competencia.

30. Por esta razón puede esperarse que el efecto de los acuerdos de exclusividad en la competencia guarde en gran medida relación con el grado de concentración, así como con las otras características estructurales del sector minorista de que se trate. En este sentido, la proporción de concesionarios con contratos de exclusividad es sin duda un indicador importante de la concentración a nivel de distribución. Igualmente importantes, sin embargo, son el número y potencia de los nuevos posibles proveedores de servicios del comercio de minoristas que están dispuestos a entrar en el mercado. Es necesario proceder a una evaluación de la relativa importancia de las tres formas alternativas de distribución ⁸ al analizar las posibles consecuencias de cerrar el acceso a las redes de distribución. En primer lugar, los distribuidores existentes pueden dirigirse a nuevos proveedores en un período de tiempo relativamente corto (especialmente cuando los contratos de exclusividad están limitados en el tiempo) o pueden abrir puntos de distribución para la venta de marcas competidoras. En segundo lugar, es posible una expansión de los distribuidores de otras industrias para ocupar el mercado en las fases terminales de la cadena de producción. En tercer lugar, puede suceder que nuevos distribuidores quieran entrar en el mercado si hay oportunidad de beneficios.

31. Otros tipos de restricciones verticales con efectos similares a los obtenidos con los acuerdos de exclusividad, pueden llevar también a levantar barreras contra la entrada de nuevos competidores. Por ejemplo, mediante la asignación de un territorio exclusivo a un distribuidor en una zona determinada, el fabricante puede estar seguro de que éste adoptará una actitud agresiva y lanzará una guerra de precios local contra todo competidor que penetre en la zona. Más concretamente, tal vez desee proceder a una reducción drástica de los precios para excluir al competidor sin tener que preocuparse por las consecuencias de esa reducción en otras zonas geográficas. En cambio, el fabricante que no ha celebrado acuerdos de exclusividad (y por consiguiente no puede aplicar una discriminación de precios), tal vez está menos dispuesto a adoptar una postura agresiva a la entrada geográficamente limitada de competidores, debido a las consecuencias que en el nivel de precios de otras zonas geográficas pueda tener la reducción de los precios por él practicada.

32. El cierre de la entrada a los mercados es una cuestión a todas luces fundamental tanto para la política de la competencia como la política comercial. La supresión de barreras arancelarias y no arancelarias puede no llevar necesariamente a la libre circulación de bienes y servicios incluso en los mercados liberalizados si las empresas (empresas nacionales o sucursales locales de empresas transnacionales) impiden el acceso al mercado recurriendo a acuerdos de exclusividad u otras restricciones verticales⁹. Si dichos acuerdos consiguen bloquear la entrada, pueden surgir también roces entre las partes comerciantes dado que los eventuales países exportadores pueden darse cuenta de que el comportamiento de una empresa autónoma puede reducir o incluso anular en la práctica las ventajas de la liberalización del comercio.

Favorecimiento de comportamientos colusorios

33. Las restricciones verticales pueden facilitar la promoción y el mantenimiento de la cartelización de los mercados cuando prevalecen determinadas características estructurales. La fijación de precios de reventa en especial, puede facilitar la labor de supervisar la efectiva sumisión a un cártel de fabricantes. Una vez fijados los precios del mercado minorista son menos los incentivos que los fabricantes tienen para destruir los cárteles y fijar precios por debajo de la competencia ofreciendo descuentos a los minoristas, ya que éstos no pueden a su vez reducir los precios que cobran a los consumidores finales. En consecuencia aumentaría la solidez del cártel en las primeras fases de la cadena de producción. En realidad, por lo que respecta a la duración y fortaleza de los cárteles, uno de los principales problemas para mantener la estabilidad interna de los acuerdos colusorios es supervisar el cumplimiento por los miembros de las normas del cártel. Todos los participantes en el cártel están interesados en vender por debajo de los precios acordados del cártel si pueden hacerlo impunemente. Dicho esto, ha de observarse que incluso cuando están fijados los precios de reventa, la reducción de precios en favor de los mayoristas y minoristas puede permitir a las empresas en las fases finales de la cadena de producción proceder a alguna forma indirecta de reducción de precios, por ejemplo, ofreciendo condiciones crediticias más favorables o proporcionando servicios adicionales a los clientes finales. Con esto se conseguiría un resultado semejante a la reducción de precios a nivel de minorista.

C. Efectos de la eficiencia y la libre competencia en la evaluación de las restricciones verticales

34. Las anteriores secciones han arrojado cierta luz sobre los distintos efectos de las restricciones verticales en el bienestar económico y la libre competencia. Tales efectos dependen en muy gran medida del contexto específico en que se aplican. En realidad el simple análisis de una forma determinada de acuerdo contractual vertical no revela por sí solo si el acuerdo producirá un aumento o una disminución del bienestar económico. La misma restricción vertical (o combinación de restricciones verticales) puede reducir la eficiencia y la libre competencia en determinadas condiciones del mercado pero aumentar la competencia y la eficiencia en otras circunstancias. Las empresas proveedoras de materias primas, por ejemplo, pueden recurrir a la fijación de precios de reventa para impedir un doble recargo de precios por parte de minoristas que se encuentren en situación de

explotar el poder de mercado o de eliminar los beneficios gratuitos en el suministro de servicios de distribución. En otras circunstancias, puede utilizarse como instrumento para facilitar la detección de violaciones de los acuerdos de cártel y puede tener efectos claramente contrarios a la competencia. En realidad no puede decirse de ninguna de las restricciones verticales mencionadas que siempre sean perjudiciales o siempre beneficiosas al bienestar económico y a la libre competencia.

35. La estructura de los mercados y el grado de rivalidad entre las empresas son los factores más importantes para determinar si las restricciones verticales reducen o aumentan la eficiencia y fortalecen o debilitan la competencia. En particular, cuando el mercado está caracterizado por la existencia de un número suficiente de estructuras verticales competidoras (fabricantes y sus distribuidores) y por la relativa facilidad de la entrada en las etapas del mercado anteriores o posteriores de la cadena de producción, cabe esperar que la competencia entre marcas asegure que el empleo de restricciones verticales aumente la eficiencia del mercado y la satisfacción de los consumidores. Por ejemplo, cuando los consumidores se encuentran ante una diversidad de marcas, puede suceder no sólo que las restricciones verticales empleadas para garantizar un mayor volumen de servicios de distribución (y de esta forma determinar precios al por menor más elevados) produzcan mayores beneficios dentro de la estructura vertical fabricante-distribuidor sino que beneficie también a los consumidores. En la práctica los nuevos consumidores atraídos por los servicios adicionales relacionados con las ventas, podrán beneficiarse de la nueva combinación de precios y de servicios con ocasión de las ventas, mientras que los consumidores que no estén contentos con este sistema podrán comprar otras marcas. De forma análoga cuando la competencia entre los fabricantes es intensa y existe un gran número de puntos de venta al por menor, las restricciones verticales no podrán tener un efecto importante en el grado de competencia. Por ejemplo, los acuerdos de exclusividad no podrán reducir la competencia y cerrar el mercado cuando sea fácil acceder a otros puntos de venta.

36. Por otra parte, cuando es escasa la rivalidad entre estructuras verticales competidoras, como sucede en muchos de los mercados de los países en desarrollo, los efectos de las restricciones verticales en la competencia y la eficiencia son más ambiguos. Las empresas de toda una cadena de producción podrán obtener mayores beneficios utilizando restricciones verticales encaminadas a conseguir una mayor coordinación entre ellas. Este aumento de los beneficios de los productores puede, sin embargo, ir unido a una reducción incluso mayor del bienestar de los consumidores cuando las empresas tienen posibilidad de explotar su poder de mercado y no están obligadas a transferir las ganancias de eficiencia a los consumidores finales. También, en los mercados en donde la competencia es débil, las restricciones verticales pueden ocasionar una nueva disminución del grado de rivalidad entre los competidores, aumentando el riesgo de cartelización y reduciendo también la posibilidad y la viabilidad de la entrada de nuevos agentes en el mercado.

37. Pese a parecer esencial un análisis económico general de las condiciones en un mercado específico si se quieren obtener conclusiones definitivas sobre los efectos en la competencia de las restricciones verticales, la realización de un análisis casuístico puede constituir una carga excesiva para los órganos reguladores de la competencia debido a los importantes costos (así como a los costos administrativos para las empresas) derivados del examen de un grandísimo número de acuerdos contractuales verticales celebrados por las empresas. Éste es ciertamente el caso de los nuevos órganos reguladores de la competencia recientemente creados que disponen de limitados medios y experiencia para su aplicación. Para reducir al mínimo estos costos y evitar al mismo tiempo los efectos perjudiciales de las restricciones verticales que con toda probabilidad producen efectos contrarios a la libre competencia, Rey y Caballero-Sanz ¹⁰ sugieren la adopción de directrices en las que se establezcan distintas normas según sea la situación de la competencia entre marcas, especificando las situaciones en que son más probables los riesgos de efectos contrarios a la competencia y es más deseable un análisis detallado. Con este procedimiento debería aumentar la previsibilidad de los exámenes realizados por los órganos reguladores de la competencia.

38. En los mercados con escasa concentración de todas las etapas de la cadena de producción, se sugiere que se permitan automáticamente las restricciones verticales (estén o no relacionadas con los precios). Deberían seguidamente establecerse los criterios relativos a la estructura de los mercados estableciendo umbrales de participación en los mercados por debajo de los cuales no se intervendría en la política de la competencia ¹¹.

39. En el caso de mercados con mayor concentración, en especial de mercados con empresas que detentan posiciones dominantes de mercado, serían necesarios nuevos análisis en profundidad al objeto de comprobar los efectos en la libre competencia y en las ganancias de eficiencia que aportan las restricciones verticales que se estudian. También debería solicitarse a las empresas dominantes que demostraran la imposibilidad de realizar ganancias de eficiencia comparables, presuntamente derivadas del empleo de restricciones verticales, mediante otros medios menos perjudiciales para la competencia.

40. Recientemente Dobson y Waterson ¹² han presentado otro análisis general de los efectos producidos por las restricciones verticales en el bienestar con recomendaciones teóricas sobre el trato que ha de dárseles. Sugieren un sistema basado en el examen de las tres principales cuestiones que atraen la atención en la exploración inicial de las restricciones verticales: sólo se sugiere una investigación a toda escala de los posibles efectos contrarios al bienestar de las restricciones verticales en el caso de que en esa primera exploración se observaran motivos de preocupación.

41. La primera cuestión que debe tratarse es si existen importantes poderes de mercado en las etapas anteriores y posteriores de la cadena de producción. Caso de no existir, las restricciones verticales difícilmente tendrán importancia para los órganos normativos de defensa de la competencia. La aparición de grandes beneficios, cuotas de mercado estables e importantes y niveles altos y constantes de concentración son indicación que señalan la presencia de un poder de mercado.

42. Cuando hay posibilidad de explotación del poder de mercado, se impone la necesidad de observar los efectos de las restricciones en la competencia y la eficiencia. Concretamente, es necesario analizar si se considera que afecta negativamente al consumidor la reducción de la diversidad de productos y servicios derivada bien de una menor competencia dentro de la misma marca o entre distintas marcas. Para evaluarlo puede observarse el grado de sustitutibilidad entre puntos de distribución dirigidos a los consumidores y la importancia de las economías de alcance en la distribución. También es importante examinar la importancia de las ganancias en eficiencias obtenidas gracias a las limitaciones impuestas a diversos distribuidores o a sus gamas de productos. Para ello habría que examinar el tipo de mercancías, los costos de la búsqueda para los consumidores y otras características del mercado (véase cuadro 1). En especial cabe esperar que el aumento de eficiencia derivado del empleo de restricciones verticales sea más importante en el caso de productos caros, muy complejos y escasamente conocidos. Por otra parte, el riesgo de distorsión de la competencia es mayor en los mercados de minoristas caracterizados por la existencia de importantes barreras e importantes economías de alcance.

Cuadro 1

Valor del argumento de la eficiencia en favor de las restricciones verticales en distintas condiciones de producto/distribución

Producto/distribución	Caso máximo	Caso mínimo
Complejidad del producto	Muy complejo o técnico	Sencillo o no técnico
Costo para el consumidor	Caro, gran parte del presupuesto	Barato
Hábitos de compra del consumidor	Compras ocasionales	Compras reiteradas
Forma del comercio	Incómodo, difícil acceso	Cómodo, fácil acceso
Información sobre el producto a los consumidores	Escasos conocimientos	Detalles/características muy conocidos
Comparabilidad precio/calidad	Bienes con posibilidad de nuevas utilidades	Bienes de búsqueda
Diferenciación percibida del producto	Marca débil, poco diferenciada	Marca fuerte, claramente diferenciada
Situación en el ciclo de vida del producto	Nuevo	Establecido o conocido
Barreras a la entrada de minoristas	Pocas	Elevadas
Economías de alcance en la venta al por menor	Insignificantes	Considerables

Fuente: P. W. Dobson y M. Waterson, "Vertical restraints and competition policy", Office of Fair Trading, Research Paper 12, diciembre de 1996, pág. 56. Reino Unido.

Notas

1/ La posición dominante hace siempre referencia a un determinado mercado perfectamente definido. Para delimitar un mercado, se procede a evaluar todos los productos (o servicios) que los consumidores consideran en principio directamente intercambiables. Para comprobar la reemplazabilidad se recurre normalmente a la elasticidad cruzada de la demanda: suele considerarse que dos bienes se encuentran en el mismo mercado cuando a un aumento del precio del primero se produce un aumento no marginal de la demanda del segundo. Sin embargo, en razón de la limitación de los recursos y de la escasez de tiempo, no es muy frecuente que las autoridades reguladoras de la competencia tengan acceso a estimaciones reales de la elasticidad cruzada para determinar los mercados. Por esta razón, se utilizan otros tipos de prueba, como los análisis de las preferencias de los consumidores. El mercado es también una dimensión geográfica que por definición incluye todas las zonas en que los consumidores pueden y quieren efectuar otras compras. Una vez determinado el mercado, el próximo paso en la evaluación de la posición de mercado dominante es analizar la situación en el mercado de la empresa de que se trate. El concepto de posición dominante abarca más que las simples características estructurales del mercado y la parte del mercado que corresponde a las empresas. Pese a ello, presentar una cuota constantemente elevada de mercado es una importante indicación de una posición dominante. Otro elemento importantísimo para evaluar el dominio en el mercado es el alcance de la posible competencia y la relativa facilidad de entrar en el mercado como defensa contra el uso o el abuso del poder de mercado.

2/ Por ejemplo, en las pequeñas ciudades los minoristas frecuentemente gozan de una situación de monopolio local.

3/ Reduciendo el número de distribuidores de una zona específica, el fabricante reduce la competencia local en la parte inferior de la cadena de producción. Ello tiene un efecto directo en el precio de reventa y por consiguiente en el margen de beneficio que los minoristas pueden obtener en una zona determinada.

4/ Esto es verdad cuando el efecto negativo del aumento de la demanda del producto del fabricante compensa el efecto negativo debido al aumento de los costos relativos a la prestación de los servicios de distribución.

5/ Se presume la existencia de un cierto grado de diferenciación entre los productos suministrados por fabricantes competidores. Si los productos son en gran medida sustituibles entre sí, el problema de los beneficios gratuitos se presentaría también entre distribuidores de distintos productos.

6/ Esta parte del documento está tomada del artículo de W. S. Comanor, "Vertical price-fixing, vertical market restrictions, and the new antitrust policy", Harvard Law Review, vol. 98, 1985, pág. 983.

7/ F. M. Scherer y D. Ross Industrial Market Structure and Economic Performance, tercera edición en Houghton Mifflin, Boston 1990, págs. 558 a 560.

8/ Véase S. I. Ornstein, "Exclusive dealing and antitrust", The Antitrust Bulletin, primavera de 1989, págs. 84 a 86.

9/ Véase, por ejemplo, UNCTAD, World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy, Nueva York y Ginebra, 1997 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.97.II.D.10), págs. 156 a 159.

10/ Véase P. Rey y F. Caballero-Sanz, "The policy implications of the economic analysis of vertical restraints", Economic Paper N° 119 de la Dirección General II. Asuntos Económicos y Financieros, de la Comisión Europea, noviembre de 1996.

11/ Debe señalarse que la información sobre la distribución de las cuotas de mercado en los países en desarrollo suele ser muy limitada.

12/ P. W. Dobson y M. Waterson, "Vertical restraints and competition policy", Office of Fair Trading, Research Paper, 12 de enero de 1996, Reino Unido.

BIBLIOGRAFÍA

- Comisión de las Comunidades Europeas, "Green Paper on vertical restraints in EC competition policy", Bruselas, 22 de enero de 1997 (COM(96)721 Final).
- W. S. Comanor, "Vertical price-fixing, vertical market restrictions, and the new antitrust policy", Harvard Law Review, vol. 98:949 (1985), págs. 983 a 1002.
- M. A. Utton, Market Dominance and Antitrust Policy Aldershot, Edward Elgar, 1995.
- T. G. Krattenmaker y C. Salop, "Anticompetitive exclusion: raising rivals' costs to achieve power over price", The Yale Law Journal, vol. 96, N° 2, (diciembre de 1986).
- M. Waterson, "Vertical integration and vertical restraints", Oxford Review of Economic Policy, vol. 9, N° 2, verano de 1993.
- I. Van Bael y J.-F. Bellis, Competition Law of the European Community, CCH Editions, 1994.
- S. I. Ornstein, "Exclusive dealing and antitrust", The Antitrust Bulletin, primavera de 1989.
- H. P. Marvel, "Exclusive dealing", Journal of Law and Economics, vol. XXV, abril de 1982.
- O. E. Williamson, Antitrust Economics, Oxford, Blackwell, 1987.
- F. M. Scherer y D. Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance, (3ª ed.), Boston, Houghton Mifflin, 1990.
- P. W. Dobson y M. Waterson, "Vertical restraints and competition policy", Office of Fair Trading, Research Paper, 12 de diciembre de 1996, Reino Unido.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements, París, OCDE, 1994.
- UNCTAD, World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy, Nueva York y Ginebra, 1997 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.97.II.D.10).
- Véase P. Rey y F. Caballero-Sanz, "The policy implications of the economic analysis of vertical restraints", Economic Paper N° 119 de la Dirección General-Asuntos Económicos y Financieros-Comisión Europea, noviembre de 1996.

Anexo

BREVE EXAMEN DEL TRATO DADO A LAS RESTRICCIONES VERTICALES
EN ALGUNAS JURISDICCIONES

Australia

1. En los artículos 47 y 48 de la Ley de prácticas comerciales de Australia se hace referencia explícita a las restricciones verticales, guarden o no relación con los precios. Mientras que las distintas formas de restricciones verticales no relacionadas con los precios se examinan caso por caso y sólo se prohíben si ocasionan una importante disminución de la competencia, la fijación de precios de reventa está prohibida en todos los casos. En las leyes de defensa de la competencia de Australia, las empresas pueden notificar las restricciones verticales que no guarden relación con los precios al órgano regulador de la competencia, la Comisión de Prácticas Comerciales. Una vez notificados, no se puede aplicar a los acuerdos verticales la ley antimonopolio a menos que la Comisión declare que la restricción es contraria a la competencia y no produce ningún beneficio público neto. La promoción del desarrollo económico y la expansión del empleo han sido algunos de los distintos factores examinados por la Comisión como generadores de ventajas públicas ¹. Corresponde a la Comisión la carga de probar que las restricciones verticales no relacionadas con los precios que se examinan, son contrarias a la libre competencia y perjudiciales para los consumidores.

Unión Europea

2. El párrafo 1 del artículo 85 del Tratado de Roma (por el que se creó la Comunidad Europea) prohíbe los acuerdos que puedan perjudicar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o como efecto limitar o falsear el normal juego de la competencia en el Mercado Común. Pueden, sin embargo, exceptuarse, según se establece en el párrafo 3 del artículo 85, acuerdos que estarían prohibidos en virtud del párrafo 1 de ese artículo siempre que reúnan cuatro condiciones. En primer lugar que contribuyan a la mejora de la producción o de la distribución de los productos o a la promoción del progreso técnico o económico. En segundo lugar que permitan a los consumidores "una adecuada parte de las utilidades que deriven de ello". Además, los acuerdos no deben imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos declarados (eficiencia económica y satisfacción de los consumidores) y no deben ofrecer a esas empresas la posibilidad de eliminar la competencia en una parte sustancial de los productos de los que se trate.

3. El artículo 85 se aplica, por consiguiente, a todos los acuerdos restrictivos de la libre competencia, ya sean horizontales o verticales. Para estar exentos, necesitan producir beneficios directos y sustantivos a los consumidores: las mejoras de la eficiencia de la producción no se consideran por sí solas suficientes para excluir su prohibición. De la redacción del artículo 85 se desprende claramente que en la evaluación de los efectos producidos por las restricciones verticales se ha concedido una importancia comparativamente mayor al bienestar de los consumidores ².

La Comisión reconoce en consecuencia que las restricciones verticales pueden tener efectos tanto ventajosos como perjudiciales para la competencia. Se reconoce concretamente que estas prácticas pueden reducir los costos de distribución de los distribuidores recién llegados, proporcionando a los consumidores finales la ventaja de acceder a nuevos bienes y servicios y pueden autorizarse siempre que una parte considerable de esos beneficios pasen a los consumidores.

4. Otra característica importante de la política de defensa de la competencia de la Unión Europea que reviste particular importancia en el contexto de las restricciones verticales, es el objetivo político de la integración de los mercados, al que se ha concedido tanta prominencia como al objetivo de promover la libre competencia y la eficiencia. Las prácticas que tienen por efecto parcelar el mercado común siguiendo criterios nacionales, se oponen a la finalidad de integración del mercado y han sido continuamente prohibidas y sancionadas como violaciones graves de las normas de competencia. Dada la importancia que para la Comunidad tiene conseguir la integración de los mercados, una parte considerable de las actividades de defensa de la competencia realizadas por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia Europeo desde los primeros años de su aplicación ha estado referida a las prácticas de distribución.

5. Al objeto de autorizar ciertos acuerdos para la mejora de la eficiencia que formalmente violan el párrafo 1 del artículo 85 y evitar al mismo tiempo el análisis causístico de las muchas prácticas verticales adoptadas en la Comunidad, la Comisión ha adoptado una serie de exenciones en grupo ("exenciones por categorías") que definen determinadas categorías de acuerdo que generalmente cumplen las condiciones para la exención establecidas en el párrafo 3 del artículo 85. Las tres autorizaciones más importantes establecidas por la Comisión se refieren a la exclusividad ³, la exclusividad territorial ⁴ y los acuerdos de concesión mercantil ⁵. Cuando los acuerdos reúnen las condiciones establecidas en los reglamentos, no es necesario notificarlos a la Comisión.

6. Las prácticas verticales que no reúnen los requisitos establecidos en los reglamentos de exención por categorías y que tienen un considerable efecto en la competencia, no están automáticamente prohibidas y pueden concederse exenciones, caso por caso, siempre que se notifiquen con anterioridad y pueda demostrarse que aumentan considerablemente la eficiencia de la distribución.

7. Pese a reconocer los efectos en la mejora de la eficiencia de determinados tipos de restricciones verticales, la Comisión ha prohibido sistemáticamente los acuerdos de exclusividad que implican una protección territorial absoluta, así como la fijación de precios de reventa. En el caso Grundig/Consten ⁶, prohibió un acuerdo por el que un fabricante alemán concedía protección territorial absoluta a su distribuidor exclusivo francés. La Comisión sostuvo que trataba de mantener la competencia dentro de una misma marca, perseguir el objetivo de integración de los mercados y proteger la viabilidad de los pequeños comerciantes paralelos. Declaró asimismo que no se aceptarían acuerdos verticales que produjeran una fuerte reducción de la competencia dentro de una misma empresa aunque pudieran contribuir a aumentar la competencia entre distintas marcas. A lo largo de los años se ha

considerado que la protección territorial absoluta constituía una violación en sí misma y que por tanto no era necesario proceder al examen de los efectos sobre la competencia entre distintas marcas. Están por ello excluidas las prohibiciones a la exportación, aunque los distribuidores se comprometan a no promover activamente las ventas fuera del territorio que tienen asignado.

8. La Comisión prohíbe también la práctica conexas de cobrar precios distintos según el destino final de los productos. En el caso de Distillers ⁷, la Comisión se opuso a un recargo que el productor había impuesto a los mayoristas que deseaban exportar a Europa continental. La justificación dada al recargo era la situación en los distintos mercados de las dos zonas geográficas: en Europa continental, el güisqui escocés (el producto en cuestión), había de competir con productos locales más populares y consecuentemente los distribuidores exclusivos tenían que realizar costosas campañas de promoción. De permitirse las importaciones paralelas, otros distribuidores tal vez hubieran podido beneficiarse gratuitamente a costa de los distribuidores oficiales. Sin embargo, la Comisión consideró que la práctica era incompatible con las normas de la competencia de la Comunidad.

9. En otro caso (Polistil-Arbois) ⁸, la Comisión recusó las reducciones de precios concedidas por un fabricante a los concesionarios exclusivos como compensación por los elevados costos de la promoción realizada por los distribuidores exclusivos. La Comisión, pese a reconocer los mencionados gastos no consideró que fuese causa suficiente para justificar precios diferentes. En opinión de la Comisión, el carácter exclusivo de la concesión hecha por el fabricante representaba ya un beneficio que compensaba las diferencias de costo.

10. La Comisión ha reconocido asimismo la posibilidad de que los fabricantes deseen asegurar un precio mínimo al por menor por razones que favorecen a la libre competencia, al objeto de promover la competencia sobre la base de la calidad de los servicios prestados. Sin embargo, no se ha considerado que la fijación de precios de reventa constituye un modo adecuado de conseguir ese objetivo. Antes bien, se ha considerado que la distribución selectiva y otras prácticas de distribución constituyen medios menos restrictivos de la competencia para asegurar un nivel de servicios relacionados con la venta considerado adecuado para el reconocimiento y promoción de un producto. La prohibición de fijar verticalmente los precios no incluye la recomendación de precios al por menor mientras no sean obligatorios y los distribuidores tengan la libertad de fijar libremente los precios de reventa.

11. A principios de 1997 la Comisión publicó un Documento Verde exponiendo las posibles opciones que habían de examinar todos las partes interesadas (los círculos empresariales, los órganos reguladores de la competencia de los Estados miembros, etc.) para revisar la reglamentación de las restricciones verticales en la Comunidad ⁹. La Comisión decidió iniciar este proceso de revisión por distintas razones. En primer lugar, algunos de los reglamentos sobre exenciones por categorías están a punto de expirar. En segundo lugar, se han aplicado plenamente la mayoría de las normas adoptadas por la Comunidad para conseguir un mercado verdaderamente unificado.

Las restricciones privadas a la competencia y la intervención de mercados se consideran en la actualidad los impedimentos más importante al comercio intracomunitario no distorsionado. En tercer lugar, se han producido cambios sustanciales en la estructura de los mercados y en el nivel tecnológico de la distribución. Se considera que esos cambios requieren nuevos enfoques teóricos.

12. Algunas de las opciones examinadas por la Comisión permitirían una mayor flexibilidad en la aplicación de los actuales reglamentos sobre exenciones por categorías (que comprenden prácticas con efectos semejantes a las ya incluidas) o un trato más flexible de los acuerdos verticales entre partes sin un importante poder de mercado.

13. A la vista de las observaciones recibidas sobre el Documento Verde, la Comisión ha presentado propuestas para reformar la reglamentación de las restricciones verticales ¹⁰ en virtud de la política de defensa de la competencia de la Comunidad. La finalidad de las propuestas es conceder mayor peso al análisis del poder de mercado de las empresas a lo largo de la cadena de producción que participan en acuerdos contractuales verticales, y depender menos en un sistema de categorías de restricciones verticales. En el caso de las empresas con una limitada participación en el mercado, estarían automáticamente exentas la mayoría de las formas de restricciones verticales, exigiéndose un análisis más completo sólo en el caso de empresas con poder de mercado, sin que ello supusiera ninguna presunción de ilegalidad. Sin embargo, seguiría considerándose prohibida una serie limitada de restricciones verticales, como la fijación de precios de reventa, independientemente de la cuota de mercado de las empresas en cuestión.

Japón

14. En la Ley antimonopolio del Japón las restricciones verticales se tratan en el artículo 19, que se ocupa de las prácticas comerciales desleales. Se han publicado asimismo directrices para dar a conocer el sistema que adoptará la Comisión de Comercio Leal en la aplicación de la legislación en defensa de la competencia en materia de acuerdos contractuales verticales ¹¹. En el Japón, la fijación de precios de reventa se considera en sí misma ilegal. La prohibición se ha aplicado estrictamente no sólo respecto a los acuerdos explícitos e implícitos sobre precios de reventa sino también cuando se han utilizado medios indirectos (como las negativas a tratar) para mantener el nivel de precios de reventa. En varios casos, la Comisión de Comercio Leal ha impuesto importantes multas a los transgresores de la prohibición de fijar precios de reventa ¹². Las restricciones verticales no relacionadas con los precios se interpretan, en cambio, en función del carácter razonable o no de la restricción, evaluando los efectos favorables y contrarios a la libre competencia. En la aplicación de la Ley sobre restricciones verticales, la Comisión de Comercio Leal ha prestado especial atención a los acuerdos de exclusividad. Se examinan sobre la base de sus efectos de cierre de mercado para las empresas competidoras y las nuevas empresas potenciales. No se considera, sin embargo, que los acuerdos de exclusividad concluidos por empresas con una cuota de mercado inferior al 10% sean capaces de reducir la competencia. Otra esfera de actividad ha sido las exclusividades territoriales, en razón de su efecto tanto en la competencia

dentro de una misma marca como entre marcas distintas. Por lo que hace a los acuerdos de exclusividad, se considera que no es posible que las exclusividades territoriales reduzcan la competencia cuando están referidas a empresas con una cuota limitada de mercado. También se ha considerado que las ventas condicionadas son potencialmente contrarias a la competencia cuando las emplean empresas con un importante poder de mercado ya que pueden hacer imposible que los vendedores del producto vinculado compitan en pie de igualdad.

Kenya

15. La Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control de precios de Kenya, de 1988, recoge entre sus disposiciones restricciones verticales que adoptan la forma de prácticas comerciales restrictivas. Se reconoce la posibilidad de que las restricciones verticales, guarden o no relación con los precios, lleven la mayoría de las veces a la mejora de la competencia y la eficiencia. Para evaluar los potenciales efectos contrarios a la competencia, se examinan las cuotas de mercado de las empresas, la estructura de los mercados pertinentes y la facilidad o dificultad de entrar en el mercado.

República de Corea

17. En la Ley antimonopolios de Corea, de 1980, las restricciones verticales se tratan en la disposición que se ocupa de las prácticas comerciales desleales. El organismo coreano de defensa de la competencia, la Comisión de Comercio Leal, ha explicado los tipos y elementos de las prácticas comerciales desleales en un documento publicado en 1990 ¹³. A la vista de la continua evolución de las prácticas comerciales, el órgano regulador de la competencia coreana procede a una evaluación casuística de las restricciones verticales. De hecho, ni la exclusividad ni las distintas formas de exclusividades territoriales son en sí mismas ilegales: antes bien, se procede a la evaluación de los efectos de la competencia en el mercado de que se trate. Aunque por regla general la fijación de precios de reventa está totalmente prohibida, las empresas pueden solicitar exenciones a los órganos reguladores, quienes, de concederlas, lo hacen con carácter temporal, sujetas siempre a su supervisión. En el decenio de 1980 sólo se ha concedido exenciones a dos productos, productos cosméticos y productos farmacéuticos, y desde entonces la prohibición ha sido la norma general.

México

16. La Ley federal de competencia económica de México de 1992 establece una clara distinción entre las denominadas prácticas monopolísticas "absolutas", que están prohibidas y prácticas monopolísticas "relativas" que se analizan caso por caso para determinar si establecen restricciones indebidas a la libre competencia. Entre las prácticas monopolísticas absolutas figuran los acuerdos entre competidores con la finalidad o el efecto de fijar los precios, reducir la producción, repartirse los mercados o manipular las ofertas de licitación. Los precios monopolísticos relativos, enumerados en el artículo 10 de la ley, incluyen varias restricciones verticales como son la fijación de precios de reventa, las exclusividades territoriales, los

acuerdos de exclusividad, la negativa injustificada a tratar y las ventas vinculadas. Según el artículo 11 sólo constituyen violación de la ley cuando las empresas tienen poder sustancial sobre el mercado relevante y cuando las prácticas se realizan respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate. El artículo 13 especifica los factores que han de examinarse para determinar la existencia de poder sustancial en el mercado. Figuran entre ellos la cuota de mercado correspondiente a las empresas y su capacidad para fijar precios y reducir la producción unilateralmente, el poder de los competidores y las barreras existentes a la entrada de nuevos agentes en el mercado.

Estados Unidos de América

18. En los Estados Unidos, la política antimonopolio en relación con las restricciones verticales ha evolucionado profundamente con los años, influida por las distintas formas de contemplar la teoría económica los efectos de las prácticas verticales en la competencia y la eficiencia. Conviene señalar que en los Estados Unidos, a diferencia de la Unión Europea, la promoción de un mercado interno integrado no constituye uno de los objetivos declarados de la política de defensa de la competencia.

19. En los Estados Unidos siempre se han tratado de forma distinta las restricciones verticales según estén o no relacionadas con los precios. Mientras que las restricciones verticales no relacionadas con los precios se han evaluado cada vez más sobre la base del carácter razonable o no de la restricción, siempre se ha considerado que la fijación vertical del precio era en sí misma ilegal. Desde la decisión de 1911 en el caso del Dr. Miles Medical Co. ¹⁴, la Corte Suprema sostuvo la postura de que la fijación de precios de reventa constituye una violación del artículo 1 de la Ley Sherman, en cuya virtud es ilegal todo contrato, combinación o complot para restringir el comercio.

20. Sin embargo, se ha reducido gradualmente a lo largo del tiempo el alcance de la prohibición de la fijación vertical de precios. En realidad, el derecho a la negativa a tratar junto con la aceptación legal de los precios al por menor "sugeridos" ha permitido (en cierta medida) a los fabricantes imponer precios de reventa, habida cuenta de que pueden negarse a facilitar suministros a los distribuidores que no apliquen los precios para minoristas recomendados. La Corte Suprema confirmó claramente el derecho a negarse unilateralmente a tratar en la decisión Colgate en la que sostuvo que cuando no existe intención de crear o mantener un monopolio, la Ley Sherman no restringe el derecho reconocido desde hace tiempo de todo comerciante o fabricante que realice actividades comerciales totalmente privadas a ejercer libremente su propio arbitrio independiente respecto a las partes con quien desea tratar. Y naturalmente puede anunciar por adelantado las circunstancias en que se negará a tratar ¹⁵.

21. En una decisión más reciente ¹⁶, la Corte Suprema anuló la anterior prohibición absoluta de fijar verticalmente precios máximos. En ella reconoció que con esta fijación puede limitarse el ejercicio del poder de mercado por parte de concesionarios que tengan una posición dominante o monopolística en la distribución.

22. Con respecto a las restricciones verticales no relacionadas con los precios, la Corte Suprema revocó, en la histórica decisión de Sylvania ¹⁷, anteriores fallos y aplicó el criterio del carácter razonable para fallar el caso. En la decisión, reconoció que pese a que las restricciones verticales limitaban la competencia dentro de la misma marca, podían aumentar los incentivos del distribuidor y por consiguiente acrecentar la competencia entre distintas marcas.

23. La Corte Suprema declaró concretamente que "las restricciones verticales promueven la competencia dentro de la misma marca permitiendo al fabricante conseguir una mayor eficiencia en la distribución de su producto... Los economistas han especificado varias formas en que los fabricantes pueden utilizar dichas restricciones para competir con mayor eficacia contra otros fabricantes... Por ejemplo, los nuevos fabricantes y los fabricantes que entran en mercados nuevos pueden utilizar las restricciones para inducir a minoristas competentes y agresivos a efectuar el tipo de inversión de capital y trabajo que es a veces necesario en la distribución de productos no conocidos por el consumidor...".

1/ R. I. McEwin, "Vertical restraints in the Australian Trade Practices Act", Review of Industrial Organization, 1994, págs. 627 a 647.

2/ P. Rey y F. Caballero-Sanz, "The policy implications of the economic analysis of vertical restraints", Economic Paper N° 119 de la Dirección General-Asuntos Económicos y Financieros-Comisión Europea, noviembre de 1996, págs. 8 a 10.

3/ Reglamento 1984/83 de la Comisión sobre la aplicación del párrafo 3 del artículo 85 a las categorías de acuerdos de exclusividad (BO 1983 L175/5).

4/ Reglamento 1983/83 de la Comisión sobre la aplicación del párrafo 3 del artículo 85 a las categorías de acuerdos de exclusividad (BO L173/1).

5/ Reglamento 4087/88 de la Comisión.

6/ Citado en I. Van Bael y J.-F. Bellis, Competition law of the European Community, OXFORDSHIRE CCH Editions, 1994, págs. 302 y 303.

7/ Citado en I. Van Bael y J.-F. Bellis, Competition law of the European Community, OXFORDSHIRE CCH Editions, 1994, págs. 309 y 310.

8/ Citado en I. Van Bael y J.-F. Bellis, Competition law of the European Community, OXFORDSHIRE CCH Editions, 1994, págs. 309 y 310.

9/ Comisión de las Comunidades Europeas, "Green Paper on vertical restraints in EC competition policy", Bruselas, 22 de enero de 1997 (COM(96)721 Final).

10/ Véase un proyecto de comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia de la CE a las restricciones verticales, DG IV, julio de 1998.

11/ Comisión de Comercio Leal del Japón, "The Antimonopoly Act Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices", 1991.

12/ H. Kobayashi, "Competition policy regarding vertical trade restraints: a Japanese view", en E. Hope y P. Maeleng (eds.), Competition and Trade Policies, Londres 1998.

13/ Comisión de Comercio Leal de Corea, "Types and elements of unfair trade practices", notificación 90 de la Comisión de Comercio Leal, 7 de julio de 1990.

14/ Dr. Miles Medical Co. c. John D. Park e hijos, 220 U.S. 373.

15/ EE.UU. c. Colgate & Co., 350 U.S. 300, 307.

16/ State Oil Co. c. Khan, 96-871 (1997).

17/ Continental TV c. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977).
