

El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales

Aitor Zurimendi Isla

Facultad de Derecho

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

411

Abstract

En el presente artículo se aborda cuál debe ser el tratamiento legal de las restricciones verticales a la libre competencia partiendo de los efectos económicos de las mismas. Desde hace décadas parece claro que tal tratamiento debe ser diferente al de las restricciones horizontales, pero tanto juristas como economistas no se acaban de poner de acuerdo en cuál. Analizamos aquí los distintos modelos vigentes, algunos de los cuales han sido reformados recientemente y otros parece que lo serán en un futuro próximo, y opinamos sobre la cuestión.

Sumario

- 1. Planteamiento**
- 2. Efectos económicos de las restricciones verticales**
- 3. Modelo ideal**
- 4. Modelo estadounidense**
- 5. Modelo comunitario**
- 6. Modelo español**
- 7. Bibliografía**

1. Planteamiento

1. El debate sobre los efectos económicos que las restricciones verticales producen en la competencia y el régimen jurídico que en consonancia con tales efectos debe dárseles, son una de las cuestiones del derecho de la competencia que más polémica ha suscitado tanto entre economistas como entre juristas a nivel internacional¹. Por esto, en el presente trabajo nos vamos a aproximar a este debate con el objetivo de fijar cuál es nuestro modelo óptimo o ideal (*infra* 3). Para ello, teniendo en cuenta que tal modelo está directamente relacionado con los beneficios o perjuicios que las restricciones verticales produzcan en la competencia, resulta obligado que previamente se determinen las consecuencias o efectos económicos de las mismas (*infra* 2). Hay que tener en cuenta que el objetivo o finalidad del derecho *antitrust* es salvaguardar la libre competencia para garantizar una eficiente asignación de recursos en el mercado, ya que así los consumidores saldrán beneficiados. De este modo, si un acuerdo tiene más efectos procompetitivos que anticompetitivos, en consonancia con la mencionada teleología del derecho de la competencia, éste debe aceptarlo porque no sólo no empeora, sino que mejora, la asignación de los recursos en el mercado².

Posteriormente, compararemos y confrontaremos el modelo ideal con los sistemas de regulación de las restricciones verticales vigentes en USA, en la UE y en nuestro país (*infra* 4, 5 y 6).

2. El punto de partida debe ser que *la experiencia muestra que la mayoría de restricciones verticales no restringen sino que mejoran la competencia, a diferencia de lo que sucede en las horizontales, donde rige el principio contrario de que la mayoría son anticompetitivas*³. La razón es que en las horizontales estamos hablando de productos sustitutivos, lo que genera más riesgo que en las verticales, en las que se trata de bienes complementarios⁴. Aplicando parámetros de racionalidad económica, si dos competidores, esto es, personas que concurren en el mismo mercado y por tanto con intereses en principio inconciliables e incompatibles, acuerdan algo (restricción horizontal), lo más probable es que lo hagan con fines colusorios (obtener precios supracompetitivos, repartir mercados, eliminar competidores), ya que los pactos entre competidores con fines lícitos son altamente improbables y sólo económicamente racionales en circunstancias excepcionales. En cambio, los acuerdos verticales, al ser celebrados por no competidores, esto es, por personas con intereses distintos pero que sí son conciliables y compatibles, son desde el punto de vista económico totalmente racionales, pues la intención natural de las partes será colaborar contractualmente resolviendo los problemas de las partes compatibilizando sus intereses con el objetivo de optimizar los beneficios de ambos reduciendo los costes de transacción, fin que resulta lícito⁵. De ahí la realidad empírica de la que hemos partido en este párrafo.

¹ Alguno ha llegado a afirmar incluso que es la cuestión más controvertida de todas, WHISH (2000, p. 887).

² POSNER (2001, pp. 23 a 28); ALFARO (2004, p. 51); ALONSO SOTO (2005, p. 59).

³ No obstante, también las horizontales en ocasiones tienen más efectos beneficiosos que perjudiciales para la competencia, como entre nosotros constatan por ejemplo VELASCO (2005, p. 56); MAMBRILLA (2005, pp. 177-178).

⁴ GALÁN (1977, pp. 224-225); KORAH (2004, p. 249); WALKER/BISHOP (2002, pp. 4-26); WHISH (2000, p. 887); ALFARO (2004, p. 54); EIZAGUIRRE (2005, pp. 368-369); GUTIÉRREZ (2004, p. 91).

⁵ ALFARO (2004, pp. 54 y ss.).

Partiendo de esta distinta realidad económica, es una opinión compartida desde hace décadas que el tratamiento jurídico de las restricciones verticales y el de las horizontales debe ser también diferente, en tanto que lo que se pretende es que todo acuerdo que mejore la competencia debe ser lícito y todo el que la perjudique ilícito.

2. Efectos económicos de las restricciones verticales

1. Las restricciones verticales, según la clase y el caso concreto, pueden producir en el mercado tanto efectos anticompetitivos como procompetitivos⁶. Empezando por los primeros, los acuerdos de marca única y distribución limitada⁷ pueden utilizarse para expulsar o excluir de una escala de la cadena productiva a operadores en el mercado que actuaban en ella, o bien, sin llegar a la expulsión total, sí a reducir ostensiblemente su presencia o a crear barreras de entrada que impidan u obstaculicen la incorporación de nuevos operadores. Si estamos ante acuerdos de distribución limitada, la exclusión tiene lugar a través de la negativa a proveer a otros distribuidores, eliminando competencia en un nivel de la distribución (*input foreclosure*), mientras que en los acuerdos de marca única y de compartimentación del mercado, serán los distribuidores los que se nieguen a adquirir bienes o servicios de otros productores o distribuidores de la escala anterior, produciéndose la exclusión en el nivel de producción o en un anterior nivel de la distribución (*customer foreclosure*)⁸. Los partícipes pueden conseguir incrementar los costes de sus competidores aumentando así su poder de mercado, lo que le otorga capacidad para subir o mantener precios por encima del nivel competitivo. Que tal efecto anticompetitivo se produzca realmente dependerá de diferentes circunstancias del mercado concreto. Así, en el *input foreclosure*, depende principalmente del nivel de elasticidad en la demanda de *inputs* y de la intensidad de la capacidad negociadora del distribuidor integrado; mientras que en el *customer foreclosure*, del número de distribuidores que compiten con el integrado⁹.

⁶ Un análisis más profundo de los mismos que el que se hace aquí y con ulteriores referencias bibliográficas, podemos encontrarlo en ZURIMENDI (2006, pp. 67 y ss.).

⁷ Se agrupan en la categoría de “marca única” las restricciones verticales que obligan al comprador, directa o indirectamente, a adquirir todos los bienes o servicios de un mismo tipo, así como sus posibles sustitutos, a un único proveedor de una única marca (pactos de no competencia, obligación de adquirir periódicamente una cantidad mínima que se aproxima a la capacidad máxima del distribuidor para vender ese bien o servicio, etc.). Pertenecen al grupo de restricciones verticales de “distribución limitada” aquellas por las que el fabricante no vende u ofrece su bien o servicio a cualquier distribuidor, sino que se obliga a hacerlo sólo a alguno o algunos de ellos (exclusivas a favor de los distribuidores en determinado ámbito territorial, asignación de clientela, distribución selectiva, etc.).

⁸ RIORDAN/SALOP (1995, p. 527); WALKER/BISHOP (2002, pp. 4-33); BELLAMY/CHILD (2001, 7-002); ECHEBARRIA (2005, p. 106).

⁹ POSNER (2001, pp. 11 y 147 a 149); FONT RIBAS (1987, pp. 22 a 25); WALKER/BISHOP (2002, pp. 2-29 a 2-33); ALFARO (2004, pp. 55-56); RIORDAN/SALOP (1995, pp. 531 a 533, 534 a 535 y 544 a 545); PETITBÓ (1997, p. 45); AREEDA/KAPLOW/EDLIN (2004, pp. 15 a 17). En el mismo sentido, Libro Verde sobre restricciones verticales, puntos 64 a 66; Directrices 119.2, 119.5, 126 a 128, 132, 167, 191 y 204 de la Comisión sobre restricciones verticales de la competencia, DOCE, 13.10.2000.

*Pero para estar ante este efecto anticompetitivo no es suficiente con que algunos competidores experimenten un perjuicio a consecuencia de que se cumplen las anteriores circunstancias, sino que se requiere además que éste se transmita a los consumidores para hablar de daño a la competencia, puesto que el fin del derecho de la competencia no es tanto proteger a los competidores, sino principalmente a los consumidores y al propio nivel competitivo¹⁰. Esto sucederá fundamentalmente cuando la subida de costes repercuta en una subida del precio final del bien o servicio, lo que dependerá del grado de su sustituibilidad¹¹; o cuando al menos haya quedado gravemente afectada la capacidad de elección del consumidor o se hayan reducido o suprimido los incentivos para la inversión en la mejora del producto a consecuencia de la imposibilidad de acceder a nuevas cuotas de mercado y de no perder la ya lograda¹². Por tanto, no basta con probar que se ha producido un aumento de costes, sino que además debe acreditarse que este incremento ha provocado también perjuicio para los consumidores, a diferencia de lo que sucede en las restricciones horizontales, donde no se requiere esta prueba adicional¹³. La razón principal de esta diferencia es que las restricciones verticales se celebran en el marco de acuerdos de colaboración entre empresas y gozan de la presunción de que se hacen para ahorrar costes y optimizar recursos y beneficios, lo que genera beneficios a la competencia, por lo que debe exigirse prueba en contrario que venza esta presunción; las horizontales, en cambio, no ayudan a ahorrar costes, por lo que la presunción es justo la contraria, esto es, que se acuerdan para perjudicar a los consumidores y a la competencia (*supra* 1).*

Por otro lado, las restricciones verticales propician que los integrados transmitan información a los competidores de la contraparte no integrados por si pueden conseguir que éstos últimos les igualen o mejoren las condiciones que ofrece el integrado, de forma que ese intercambio de información puede incrementar el riesgo de colusión horizontal. Pero para que tal riesgo exista la información transmitida deberá ser fiable, novedosa y que las condiciones concretas del mercado sean propicias para la celebración de carteles¹⁴. Finalmente, las restricciones verticales también pueden compartimentar los mercados, pero tales efectos anticompetitivos pueden superarse fácilmente, sin perjuicio del desvalor adicional que para el derecho comunitario puedan tener a efectos de la consecución del mercado único¹⁵.

¹⁰ RIORDAN/SALOP (1995, pp. 538-539); GINER (1994, p. 232); KJOLBYE (2004, p. 566). Así se pronuncia también el Considerando 9 del Reglamento 1/2003.

¹¹ FONT RIBAS (1987, pp. 23 a 25); RIORDAN/SALOP (1995, pp. 539 a 541 y 542); AREEDA/KAPLOW/EDLIN (2004, pp. 16 a 20).

¹² RIORDAN/SALOP (1995, pp. 555 a 557); Seguimiento al Libro Verde sobre restricciones verticales, DOCE, 26-11-1998, p. 10, y las Directrices 107 y 138 siguientes de la Comisión sobre restricciones verticales, DOCE, 13-10-2000.

¹³ RIORDAN/SALOP (1995, pp. 547 a 550).

¹⁴ Sobre este efecto anticompetitivo y las condiciones para que pueda producirse, véase Libro Verde sobre restricciones verticales, punto 61; Directrices 110, 116, 124 y 138 de la Comisión sobre restricciones verticales, DOCE, 13.10.2000. FONT RIBAS (1987, p. 21); GINER (1994, p. 234); KORAH (2004, p. 252); RIORDAN/SALOP (1995, pp. 557 y ss.); KORAH/O'SULLIVAN (2002, p. 23); ECHEBARRIA (2005, p. 106).

¹⁵ Véase, al respecto, Libro Verde sobre restricciones verticales, puntos 82 y 83; Seguimiento al Libro Verde de la Comisión Europea sobre restricciones verticales, DOCE, 26-11-1998, p. 11; Directriz 114 de la Comisión sobre restricciones verticales de la competencia, DOCE, 13-10-2000. BELLAMY/CHILD (2001, 7-002); ECHEBARRIA (2005, p. 106).

2. Si alguno de los acabados de mencionar efectos anticompetitivos se dan en un caso concreto, habrá que contraponerlos a los efectos beneficiosos que las restricciones verticales pueden tener. Lo que siempre producen las restricciones verticales es una reducción de los costes para los partícipes, fijando por ejemplo economías de escala¹⁶ o propiciando préstamos recíprocos en mejores condiciones¹⁷, pero esto no es suficiente para concluir automáticamente que todas las restricciones verticales aportan ventajas competitivas, puesto que para ello la reducción de costes debe repercutir en un descenso del precio final del bien o servicio, o al menos en una mejora en la calidad y prestaciones del mismo, lo que dependerá del poder de mercado de los partícipes y de las presiones competitivas que se ejerzan sobre ellos. De hecho, la reducción de costes es una eficiencia por el lado de la oferta, y tal tipo de eficiencias no siempre se trasladan al consumidor, sino sólo cuando el grado de competencia en el mercado sea lo suficientemente elevado como para que los partícipes se vean obligados a bajar el precio del bien o servicio para obtener más beneficios elevando su cuota o a mejorarlo sustancialmente. En cambio, si el mantenimiento del precio y la calidad del bien no les va a suponer perder su cuota de mercado ni reducir sus beneficios, entonces los partícipes no alterarán en nada su comportamiento y los consumidores no se verán beneficiados en nada. Distintas son las eficiencias del lado de la demanda, como las innovaciones en el producto o las mejoras en el servicio, que sí suponen una mejora directa para el consumidor, por lo que se valorarán automáticamente como un efecto procompetitivo¹⁸. De este tipo son lo que se mencionan a continuación.

Por ejemplo, en determinados productos, es necesaria o recomendable una labor de información o asesoramiento a los potenciales clientes con carácter previo a la venta, servicios cuya existencia benefician al consumidor y que en ocasiones los realizará el proveedor y en otras el distribuidor. Pero tales servicios suponen unos costes, de forma que quien no los presta puede ofrecer el bien a un precio inferior conservando el mismo margen de beneficio que quien los presta y ofrece a un

¹⁶ “Existen economías de escala si el coste medio de producción de la empresa disminuye a medida que se incrementa el número de unidades producidas o, alternativamente, el número de usuarios del servicio. Esto sucede cuando una empresa tiene unos costes fijos elevados, de forma que conforme aumenta la producción estos costes se reparten entre más unidades y el coste medio decrece”. Es la definición de GUTIÉRREZ/JORGE (2005, pp. 45-46).

¹⁷ Así, en ocasiones, los proveedores o los compradores habituales se suelen ofrecer créditos en mejores condiciones en las que lo hacen las entidades de crédito. Esto sucede, en primer lugar, porque los proveedores o compradores prestamistas conocen mejor y tienen más información sobre el prestatario que la que disponen los bancos, al ser frecuentes sus relaciones comerciales. Pero además, los proveedores o compradores prestamistas, imponen una serie de garantías o contraprestaciones a modo de restricciones verticales, que por su naturaleza las entidades de crédito no pueden fijar, de ahí que los créditos ofrecidos por estas últimas no puedan alcanzar a los de los proveedores o compradores habituales. Si es el proveedor el prestamista, suele fijar como contraprestación y medio de asegurarse el cobro el deber del prestatario de adquirir periódicamente una determinada cantidad de producto, o una prohibición de no competencia. Si el que ofrece la financiación es el comprador, la contraprestación o garantía será el deber del proveedor de suministrarle exclusivamente, o la imposición al prestatario de un deber de suministrar al prestamista una cantidad mínima de producto de forma periódica. Con estos préstamos en mejores condiciones, se reducen costes, lo que puede reflejarse en el precio final del producto, Directriz 116.7 de la Comisión sobre restricciones verticales de la competencia, DOCE, 13-10-2.000.

¹⁸ Sobre las eficiencias en la oferta y la demanda y sus efectos en la competencia y los consumidores, véase, TELSER (1960, pp. 86 y ss.); GUTIÉRREZ/JORGE (2005, pp. 45 a 48).

precio superior, con lo que los consumidores pueden acudir a estos últimos para recibir los servicios preventa pero adquirir finalmente el bien o servicio en los lugares donde el precio es más bajo. Queda así desincentivada la prestación de estos servicios beneficiosos. Para vencer este problema, denominado de parasitismo o *free riding*, las restricciones de marca única y de distribución limitada pueden ser muy útiles, puesto que ofrecen contrapartidas a quien realice la labor de captación de clientela y le garantizan que sólo él podrá rentabilizar y aprovecharse de sus actividades promocionales. Pero para que se dé este efecto procompetitivo, el bien debe ser nuevo o técnicamente complejo, porque de lo contrario, la información no aportaría ningún dato nuevo ni relevante para el consumidor y por tanto su inexistencia no perjudicaría la competencia, al tener los consumidores claras sus preferencias y las ventajas y desventajas del producto y de sus distintas marcas¹⁹.

Algo similar sucede en el llamado problema de la cautividad. La naturaleza de algunos bienes y servicios, especialmente los de cierta complejidad técnica, hace que para su colocación en el mercado se requiera una serie de inversiones, como por ejemplo equipos o maquinaria especial o formación de personal. Tales inversiones, a veces las hará el productor o a veces el distribuidor, pero al ser de cierta relevancia, el que las realiza, necesita para amortizarla que se mantengan las relaciones comerciales con la contraparte en similares términos. Por tal razón, si no existe ningún acuerdo o práctica vertical, el inversor queda cautivo de su contraparte, porque este último, sabedor de que el inversor necesita mantener la relación contractual con él, tratará de presionarle para conseguir en los siguientes pedidos condiciones contractuales más beneficiosas. Este riesgo desincentiva la realización de estas inversiones, lo que conlleva que los consumidores salen perjudicados porque o bien los bienes o servicios que se ofrezcan serán de peor calidad, o bien no tendrán las mismas prestaciones, o incluso puede que no lleguen a comercializarse si tales inversiones son imprescindibles y nadie está dispuesto a asumir el riesgo de realizarlas. Para vencer este efecto desincentivador a realizar dichas inversiones, pueden ayudar las restricciones de distribución limitada o de marca única, que eliminan tal peligro. Así, si es el distribuidor el que las hace, concediéndole exclusivas territoriales se garantiza que el productor deberá seguir contratando con él para comercializar el bien o servicio en ese área geográfica en las condiciones que en un principio pactaron. Si es el proveedor el que las realiza, la utilización de restricciones

¹⁹ Sobre la utilidad que los grupos de distribución limitada y marca única tienen para resolver el problema del parasitismo y los presupuestos para que concurra este efecto procompetitivo, véase, Libro Verde sobre restricciones verticales, puntos 59 y 67; Seguimiento al Libro Verde de la Comisión Europea sobre restricciones verticales, DOCE, 26.11.1998, p. 12; Directriz 116.1 de la Comisión sobre restricciones verticales de la competencia, DOCE, 13-10-2.000. POSNER (2001, pp. 174 y 184); FONT RIBAS (1987, pp. 22 y 37); KORAH (2004, p. 252); WALKER/BISHOP (2002, p. 4-30); RIORDAN/SALOP (1995, pp. 524-525); WHISH (2005, pp. 592-593); AREEDA/KAPLOW/EDLIN (2004, p. 655); BELLAMY/CHILD (2001, 7-002); KORAH/O'SULLIVAN (2002, pp. 10, 28 y 33-34); CALVO CARAVACA/CARRASCOSA (2003, p. 842); GUTIÉRREZ (2004, pp. 98-99). Por su parte, el primero que detectó el problema del parasitismo y la virtualidad de determinadas restricciones verticales para acabar con él fue TELSER (1960, pp. 89 a 96) y TELSER (1987, pp. 50, 54-55 y 243-244), si bien centra su análisis en la fijación del precio de reventa del productor al distribuidor. Teniendo en cuenta que tanto el art. 81.3.a del Tratado CE como el art. 3.1.b de la LDC exigen para la licitud de una restricción que además de producir efectos beneficiosos para la competencia sean indispensables para la consecución de los mismos, habrá que mirar con recelo el uso de esta restricción vertical invocando este objetivo, puesto que como hemos dicho, el mismo se puede conseguir a través de otros tipos de restricciones verticales de menor intensidad.

de marca única le garantiza que el distribuidor sólo empleará los recursos por él invertidos en la venta de sus productos y no en la de los competidores. Pero para considerar que estas restricciones verticales tienen el efecto procompetitivo de eliminar el problema de la cautividad, la inversión realizada debe destinarse a una relación específica, esto es, que su origen sea una concreta relación comercial y que además sea imposible su utilización para un fin distinto, de modo que tras la extinción del contrato no pueda ser reutilizada por el que la hizo para otros fines, ni pueda ser revendida salvo con cuantiosas pérdidas. Si esto no es así, el inversor podrá amortizar de otra forma su inversión y por eso no queda cautivo de su contraparte en la relación contractual. Además, debe tratarse de una inversión a largo plazo, porque si se rentabiliza a corto plazo, entonces el inversor tampoco quedará a merced del otro en sus futuras relaciones, porque ya la ha amortizado²⁰.

Otro efecto procompetitivo de algunas restricciones verticales, como la de fijación de un precio máximo, es que puede evitar el problema de la doble marginalización, que surge únicamente cuando tanto el mercado del productor como del distribuidor son oligopolísticos. En estos casos, tanto el productor como el distribuidor establecen márgenes de beneficios por encima de sus costes marginales, lo que hace incrementar el precio final del bien o servicio dos veces por encima de su nivel competitivo, de forma que en muchas ocasiones llega a ser incluso superior a si estuviéramos ante un monopolio²¹.

3. Modelo ideal

1. Visto lo anterior, la conclusión es que como las restricciones verticales pueden originar una gran variedad tanto de efectos procompetitivos como anticompetitivos, es imposible determinar *a priori* si son buenas o malas para la competencia. Este resultado deberá obtenerse para cada caso concreto, analizando las circunstancias particulares del mismo y extrayendo todos sus posibles efectos positivos y negativos midiendo a su vez la intensidad o impacto de cada uno de ellos²². Ciertamente, la realidad empírica evidencia que determinados grupos de restricciones verticales presentan en la gran mayoría de los casos, aunque no siempre, mayores ventajas que desventajas para la competencia, y que otros resultan generalmente, aunque no siempre, anticompetitivos. Además, en el cómputo general, *la experiencia muestra que la mayoría de restricciones verticales no*

²⁰ Sobre la utilidad que los grupos de distribución limitada y marca única tienen para resolver el problema del parasitismo y los presupuestos para que concurra este efecto procompetitivo, véase, Seguimiento al Libro Verde de la Comisión Europea sobre restricciones verticales, DOCE, 26-11-1.998, p. 13; Directriz 116. 4 de la Comisión sobre restricciones verticales de la competencia, DOCE, 13-10-2.000. FONT RIBAS (1987, pp. 10-11 y 37); KORAH (2004, p. 389); AREEDA/KAPLOW/EDLIN (2004, pp. 553 y 655); WHISH (2005, p. 593); BELLAMY/CHILD (2001, 7-002 y 154); CALVO CARAVACA/CARRASCOA (2003, p. 842); GUTIÉRREZ (2004, p. 96).

²¹ Libro Verde sobre restricciones verticales, punto 58; Seguimiento al Libro Verde de la Comisión Europea sobre restricciones verticales, DOCE, 26-11-1.998, p. 13; RIORDAN/SALOP (1995, pp. 525 a 527); WHISH (2005, p. 594); KORAH/O'SULLIVAN (2002, p. 174); PETITBÓ (1997, p. 42); WALKER/BISHOP (2002, 4-28); AREEDA/KAPLOW/EDLIN (2004, p. 536); GUTIÉRREZ (2004, pp. 94 y ss.).

²² GUTIÉRREZ (2004, p. 91).

restringen sino que mejoran la competencia, a diferencia de lo que sucede en las horizontales, donde rige el principio contrario de que la mayoría son anticompetitivas (supra 1).

2. La Escuela de Chicago fue la primera que demostró que muchas restricciones verticales tenían efectos beneficiosos para la competencia y que por ello debían ser lícitas, aunque tal vez se excedió en la generalización de estas consecuencias. Según los autores adscritos a la misma, *las restricciones verticales son beneficiosas para la competencia porque si bien reducen su vertiente intramarca, fortalecen la intermarca, siempre y cuando el poder de mercado de los contratantes no sea excesivo*. Consideran ilógico prohibirlas porque contribuyen a reducir los costes de transacción al resolver problemas contractuales entre fabricantes y distribuidores y a fidelizar la clientela, objetivos naturales y racionales que toda persona que interviene en el mercado persigue. Por tal razón, propugnaban la legalidad de las restricciones verticales salvo cuando los partícipes tuvieran poder de mercado.

Así, ha surgido la pregunta y el debate sobre si resulta conveniente, desde el punto de vista de política jurídica, declarar lícitas las prácticas y acuerdos verticales salvo que los integrantes gocen de poder de mercado tal y como cree la Escuela de Chicago. Varios autores de nuestro país se inclinan por la respuesta afirmativa deseando que también en nuestro derecho y en el comunitario se excluyan las restricciones verticales de los artículos 1 LDC y 81. 1 del Tratado CE²³, pero esta no parece ser la mejor opción²⁴. De hecho, los postulados de la escuela de Chicago están siendo puestos en entredicho por la doctrina económica del país en el que surgió. El tratamiento post-Chicago de las restricciones verticales no ignora el análisis económico ni las aportaciones de la escuela, ni vuelve a la anterior etapa de presunción de prohibición, pero sí resalta que en muchas ocasiones las restricciones verticales tienen efectos anticompetitivos²⁵.

Se reprocha a la escuela de Chicago que sus conclusiones parten de modelos impregnados de cierta simplicidad y no del todo ajustados a la realidad, en los que se sobredimensiona los mercados de competencia perfecta o eficiente y no dedica la debida atención a los oligopolios ni a otras circunstancias distorsionadoras del mercado, presuponiendo también que las barreras de entrada a los mismos apenas existen. A esto se añade que la escuela es anterior a la teoría de juegos o comportamientos estratégicos, que se ha extendido entre los economistas en los últimos tiempos, y que consiste en analizar las decisiones de los operadores en el mercado teniendo en cuenta que éstos también prevén los comportamientos que sus competidores van a tener como reacción a su conducta. Esta perspectiva incluye modelos económicos más complejos y realistas, lo que posibilitará conclusiones más próximas a la realidad²⁶. Este nuevo enfoque post-Chicago

²³ GINER (1994, pp. 313-314, 324 a 327 y 509 a 519); ALFARO (2004, pp. 51 a 56); ALFARO (2004b, p. 3 nota 4).

²⁴ Así lo creen KORAH (2004, p. 251); JIMÉNEZ LAIGLESIA (1999, pp. 37 y 38); ECHEBARRIA (2005, p. 106).

²⁵ RIORDAN/SALOP (1995, pp. 514 y ss.); BAKER (1996, pp. 517 y ss.); AREEDA/KAPLOW/EDLIN (2004, pp. 535 ss., 564 y ss., 587 y ss. y 653 y ss.).

²⁶ Las críticas las podemos encontrar en RIORDAN/SALOP (1995, pp. 516 a 518); BAKER (1996, pp. 517-518); WALKER/BISHOP (2002, 4-33 y 4-34). Más brevemente MESTMÄCKER/SCHWEITZER (2004, §2, Rdnr. 89). Por su parte AREEDA/KAPLOW/EDLIN (2004, p. 4), destacan que los modelos económicos actuales son complejos y que por eso no se pueden dar respuestas cortas y sencillas a las preguntas sobre economía, ni tampoco predecir siempre todas las consecuencias de determinados comportamientos. También JIMÉNEZ LAIGLESIA (1999, pp. 37 y 38), resalta que

llega a la conclusión de que las restricciones verticales no pueden ser ni universalmente aceptadas ni universalmente condenadas, porque hay casos en los que resultan beneficiosas para la competencia y casos en los que resultan perjudiciales, por lo que habrá que examinar caso por caso y no establecer una idea predeterminada sobre la licitud o no de las mismas²⁷. Por tanto, de acuerdo con tal planteamiento, si el objetivo es mejorar la competencia, el modelo jurídico ideal es uno que permita las restricciones beneficiosas y declare ilícitas las perjudiciales, sin establecer predeterminación alguna al respecto, y permitiendo que el análisis económico del caso concreto nos diga si estamos ante un supuesto u otro.

La Escuela de Chicago ha reaccionado a esta pérdida de peso de sus postulados tanto entre los economistas como en los Tribunales estadounidenses, afirmando que este modelo sería óptimo y ventajoso económicamente sólo si los procesos judiciales fueran rápidos y los errores en las decisiones bajos. Sin embargo, según ellos, estos presupuestos no se dan, porque los jueces no tienen una suficiente preparación económica y está demostrado que ante las nuevas prácticas contractuales su reacción inmediata es la prohibición²⁸. Por esto, confían más en que el propio mercado corrija los abusos que en que los jueces lo hagan. Además, añaden, de aplicarse este modelo, los competidores estarán más pendientes de lo que puedan decir los Tribunales o los órganos administrativos *antitrust* que de mejorar sus bienes y servicios y competir contra sus rivales. Por esto, vuelven a defender que el modelo jurídico económicamente más eficiente es el suyo, esto es, el de condenar las restricciones horizontales porque la experiencia muestra que en el 80% de los casos produce efectos anticompetitivos, y permitir las verticales porque la experiencia demuestra que en el 80% de los casos los efectos son beneficiosos para la competencia o neutros. Sólo así podemos asegurar que las decisiones judiciales erróneas desde el punto de vista de los efectos económicos sean pocas²⁹.

Ahora bien, con estos presupuestos, el "error judicial" será del 20%, considerablemente alto si lo comparamos con los posibles "errores judiciales" que puedan darse en otras áreas jurídicas, y desde luego, probablemente mayor que si los Tribunales y Autoridades de la competencia deciden caso por caso sobre los efectos beneficiosos y perjudiciales. En este sentido, hay que recordar que los jueces sólo conocen el derecho, pero que éste se aplica a casos en que hay implicados conocimientos o problemas de muy distinta cualidad técnica o científica, tales como arquitectura, ingeniería, mecánica, etc. Los jueces tampoco son expertos en ninguna de ellas, pero a pesar de todo, resuelven los problemas jurídicos que se plantean en todos esos supuestos de hecho, valiéndose lógicamente de informes de expertos y peritos que les hagan comprender mejor los hechos. Ante esta realidad, no se pone en duda que estén capacitados para resolver los

los parámetros económicos de la escuela de Chicago están siendo superados en la actualidad, lo que tampoco le pasó desapercibido a la Comisión Europea en el Libro Verde sobre restricciones verticales, punto 54. En conexión con esto, se destaca unánimemente que la competencia de la que se habla en el Tratado CE no es una competencia perfecta, sino una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*); entre muchos, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA (2003, pp. 297-298). Sobre estos conceptos, AREEDA/KAPLOW/EDLIN (2004, pp. 5 a 32).

²⁷ RIORDAN/SALOP (1995, p. 519).

²⁸ Idea que subyace en POSNER (2001, pp. 29-30 y 43).

²⁹ Todos estos argumentos en los que se basa la Escuela de Chicago en su "contraataque", los podemos leer en EASTERBROOK (1999, pp. 5 a 10).

casos, puesto que de lo contrario acabaríamos con el vigente sistema jurisdiccional constituyendo para cada caso Tribunales *ad hoc*. Y esto mismo parece que debe entenderse en el derecho de la competencia, donde los Tribunales se basarán en informes de economistas que les hagan comprender mejor el supuesto de hecho³⁰.

4. Modelo estadounidense

1. Especial atención merece el modelo estadounidense, por ser éste el país en donde más extendido está el análisis económico del derecho y ser el pionero en el derecho *antitrust*. En él, no hay un tratamiento legal diferenciado entre restricciones horizontales y verticales, al menos de forma expresa, puesto que la *Sherman Act* prohíbe sin excepción cualquier clase de restricción a la competencia. No obstante, los Tribunales de ese país y los órganos de defensa de la competencia, restringieron la aplicación de este artículo y de su prohibición a través de la llamada *rule of reason*, por la que si un acuerdo o práctica tiene efectos beneficiosos para la competencia, queda fuera de su ámbito de aplicación³¹.

En este contexto, en la década de los sesenta, eran muchas las decisiones que declaraban ilícitas las restricciones verticales y pocas las que quedaban fuera por aplicación de la *rule of reason*, pero tras la crítica realizada por la Escuela de Chicago a esta postura, la tendencia cambió radicalmente hasta el punto que en la época de las Administraciones Reagan y Bush, el número de restricciones verticales declaradas ilícitas era prácticamente cero³². Según los autores adscritos a la misma, como hemos dicho anteriormente, las restricciones verticales son beneficiosas para la competencia porque contribuyen a reducir los costes de la distribución y a fidelizar la clientela, objetivos naturales y racionales que toda persona que interviene en el mercado persigue. Por tal razón, propugnaban la legalidad de las restricciones verticales siempre que se hiciera un rápido examen previo centrado en la posición de mercado de los partícipes. Esto es, ni siquiera exigen que se haga un análisis para cada caso siguiendo las pautas o presupuestos para la apreciación de la *rule of reason*, sino que éstos se flexibilizan, porque según ellos, tales presupuestos se presuponen en las restricciones verticales al demostrar la realidad económica que casi nunca perjudican la competencia. Consideran suficiente, así, la realización de un rápido examen sobre algunas circunstancias, principalmente relativas a descartar la posición dominante de los partícipes. Es lo que llaman la *quick look rule of reason*³³.

³⁰ En parecidos términos, GALÁN (2003, pp. 522-523).

³¹ Sobre el modelo imperante en ese país, AREEDA/KAPLOW/EDLIN (2004, pp. 32 y ss).

³² Una descripción de la evolución de las restricciones verticales en USA lo encontramos en RIORDAN/SALOP (1995, pp. 513 a 515).

³³ Los postulados de la Escuela de Chicago sobre las restricciones verticales los encontramos bien desarrollados en POSNER (2001, pp. 171 a 189, 223 y ss., 229-230 y 265); EASTERBROOK (1984, pp. 135 y ss.). De forma más resumida los exponen, GINER (1994, pp. 229 a 232 y 239); KORAH (2004, pp. 251 y 400); ALFARO (2004, pp. 51 a 56); ECHEBARRÍA (2005, pp. 109-110). Próximos a esta línea de pensamiento se sitúan KORAH/O'SULLIVAN (2002, pp. 2, 4, 121-122 y 297).

2. No obstante, la revisión y crítica realizada a la escuela de Chicago por parte de los propios economistas de USA e incluso por los miembros adscritos a la misma, ha tenido repercusión en Tribunales y Autoridades de la Competencia de ese país, de forma que desde la Administración Clinton terminó el seguidismo a los postulados de la escuela de Chicago en el análisis de las restricciones verticales³⁴. Se pasó al estudio de los efectos económicos del caso concreto yendo más allá del mero análisis del poder de mercado de los partícipes (*rule of reason*), terminando así con la *quick look rule of reason*. El resultado es que la mayoría de restricciones verticales quedan fuera de la prohibición por la regla de razón, a diferencia de lo que sucede en las horizontales, pero sin que sea suficiente para la exclusión constatar la falta de poder de mercado de los partícipes, ya que determinadas restricciones verticales tienen tanta intensidad negativa que son capaces de provocar más perjuicios que beneficios para la competencia incluso cuando no se disfrute de él. Hoy en día, por tanto, se corresponde con el por nosotros calificado modelo ideal de regulación de las restricciones verticales expuesto en el epígrafe anterior.

5. Modelo comunitario

1. En el derecho comunitario originario, nunca ha habido un tratamiento diferente entre restricciones horizontales y verticales (art. 81 del Tratado CE), cayendo todas dentro de la prohibición del 81. 1, lo que es indiscutible por la amplitud de su tenor, pero siendo lícitas si se cumplen los requisitos del 81.3³⁵. Sin embargo, sí que en el derecho derivado y en la aplicación de las normas por las instituciones comunitarias se han dejado notar diferencias entre las restricciones horizontales y las verticales³⁶. Así, tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia de Luxemburgo han ido evolucionando desde una inicial persecución más o menos sistemática de las restricciones verticales a una postura de mucha mayor permisividad³⁷. Los casos sobre restricciones verticales que han hecho historia en la UE por su importancia en la configuración y evolución de los criterios de aplicación del derecho *antitrust* a este tipo de acuerdos, han sido sin duda los dos casos *Grundig & Consten*, los dos casos *Metropole*, el *Delimitis* o el *Technique Minière*³⁸.

³⁴ RIORDAN/SALOP (1995).

³⁵ GALÁN (1977, pp. 230 a 235); GALÁN (2005, p. 181); GINER (1994, pp. 313-314 y 324 a 327); COSTAS (1999, p. 1.417); WHISH (2000, pp. 888-889); ARRUNADA (2001, p. 34); KORAH/O'SULLIVAN (2002, p. 59); CALVO CARAVACA/CARRASCOSA (2003, pp. 300-301); VELASCO (2005, p. 63); ECHEBARRIA (2005, p. 106); EIZAGUIRRE (2005, pp. 369-370). Libro Verde sobre restricciones verticales, punto 118; Directrices 17 y 18 relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE, publicadas en el DOCE, 27.4.2004.

Véase, no obstante, ALFARO (2004, p. 51), para quien las restricciones verticales no entran en el art. 81. 1 del Tratado CE. Mucho nos tememos que este autor se deja llevar en esta afirmación más por sus deseos que por la realidad jurídica positiva.

³⁶ COSTAS (1999, p. 1.417); EIZAGUIRRE (2005, pp. 369-370).

³⁷ WAELBROECK/FRIGNANI (1998, p. 1.304).

³⁸ WAELBROECK/FRIGNANI (1998, pp. 850 y ss., 858 y ss.); KORAH (2004, pp. 269-270 y 388); KORAH/O'SULLIVAN (2002, pp. 59 a 62, 74-75).

Esta evolución cristalizó en la elaboración de varios Reglamentos que contemplaban exenciones por categorías para distintos contratos que incluían restricciones verticales, exenciones que eran bastante generosas y amplias, y desde luego, mucho más extensas que las que se contemplaban para las restricciones horizontales. Los problemas que planteaban la existencia de distintas exenciones para restricciones verticales en función del tipo de acuerdo en el que se integraban³⁹, hizo que finalmente se promulgara el Reglamento CE 2.790/1.999 de exención por categorías para determinadas restricciones verticales, que contempla éstas de forma unitaria, y que abarca una gran parte de acuerdos verticales. En concreto, su ámbito de aplicación se extiende a todas aquéllas en las que las partes no superen una cuota de mercado superior al 30 % (art. 2.3), salvo que se trate de algunas de las que se mencionan en la lista negra de los artículos 4 y 5⁴⁰. Así, en el derecho derivado encontramos una diferencia de tratamiento importante entre restricciones verticales y horizontales, ya que las exenciones aplicables a estas últimas son mucho más restrictivas y minoritarias.

Ciertamente, con esta amplia exención, hay una mayor aproximación económica en el enfoque de las restricciones verticales, puesto que, dicho a *grosso modo*⁴¹, como resultado sólo se aplica la prohibición del art. 81.1 del Tratado CE a aquéllas que por su especial intensidad o negatividad sea casi imposible que sus efectos procompetitivos supere a los anticompetitivos, y a aquéllas en las que los partícipes gozan de poder de mercado, que son precisamente las que los distintos estudios económicos han demostrado que casi siempre son perjudiciales para la competencia. No obstante, antes del Reglamento CE 1/2.003, los acuerdos que no cayeran dentro del ámbito de protección de la exención por categorías debían pedir autorización a la Comisión⁴², por lo que si en los minoritarios casos en los que una restricción vertical resulta en el cómputo global beneficiosa para la competencia pese a no incluirse en la exención, quedaba en principio prohibida y pendiente de una posible autorización que retrasaba su aplicación⁴³. A consecuencia de ello, el modelo que imperaba se aproximaba al que nosotros consideramos ideal, pero fallaba o era imperfecto a la hora de abordar estos últimos supuestos minoritarios, puesto que aunque el

³⁹ Sobre esta caótica situación, véase, ZURIMENDI (2006, pp. 178 y ss.), en donde aparecen más referencias bibliográficas.

⁴⁰ Un estudio de este Reglamento lo encontramos en ZURIMENDI (2006, pp. 200 y ss.), con ulteriores referencias bibliográficas.

⁴¹ Somos conscientes de que la afirmación no es del todo exacta. Por un lado, porque poder de mercado y cuota de mercado no son exactamente lo mismo, si bien es cierto que la cuota será uno de los elementos que más pesen a la hora de determinar si el poder existe o no. Entre muchos, KORAH (2004, pp. 278 y 395). Por otro lado, en la lista negra se incluyen una serie de restricciones, concretamente las de los apartados b, c y d del art. 4, que económicamente la mayoría de las veces tienen más efectos beneficiosos que perjudiciales para la competencia, pero que por su naturaleza son muy propensas para compartimentar los mercados en detrimento del logro del mercado único, objetivo que tiene también el derecho de la competencia comunitario.

⁴² Del análisis de las autorizaciones concedidas por la Comisión, se extrae la conclusión de que la proporción de autorizaciones concedidas era bastante superior en las restricciones verticales que en las horizontales.

⁴³ Pese a ser casos minoritarios, son perfectamente posibles. Por ejemplo, cuando pese a tener una cuota superior al 30 % no existe poder de mercado porque concurren otras circunstancias (verbigracia si se trata de un mercado muy nuevo y fluctuante) que contrarrestan los efectos de la cuota, o cuando pese a estar ante una restricción encuadrable en la lista negra los efectos nocivos de la misma se suavizan notablemente por tener los partícipes una cuota de mercado baja y existir otros datos que intensifiquen sus posibles efectos procompetitivos.

análisis económico de los mismos fuese positivo para la competencia, se encontraban serios obstáculos legales que impedían o retrasaban su puesta en práctica.

2. Pues bien, esta imperfección ha sido corregida tras la importante reforma que el Reglamento CE 1/2.003 ha supuesto para la aplicación del artículo 81. 1 y 3, acabando con el modelo de prohibición salvo autorización que ha sido sustituido por el de prohibición con excepción legal⁴⁴. Tras la reforma del 2.003 quedan prohibidos sin necesidad de declaración previa los acuerdos o prácticas incluidas en el 81.1 del Tratado CE que no cumplan los requisitos del art. 81. 3, y se consideran automáticamente válidos sin declaración previa al respecto los que se incluyan en el 81.1 pero cumplan los requisitos del 81. 3. De este modo, no hay ningún control previo de los acuerdos o prácticas, desapareciendo por tanto cualquier comunicación o autorización, sino que serán las partes las que se autoevalúen, sabiendo, eso sí, que *a posteriori* los Tribunales o las Autoridades Nacionales, podrían examinar esa cuestión bien de oficio o bien a instancia de parte. Llegamos así a un modelo que hemos calificado en el epígrafe III como óptimo⁴⁵, puesto que permite las restricciones beneficiosas y declara ilícitas las perjudiciales, dejando que el análisis económico del caso concreto con ayuda de las normas sobre carga de la prueba nos diga si estamos ante un supuesto u otro⁴⁶.

Esto demuestra que para alcanzar el modelo óptimo tampoco se requiere un tratamiento legal expresamente diferente en el derecho originario para las restricciones horizontales y las verticales, porque las razones para la licitud o no de unas y otras son las mismas: que sus efectos beneficien o perjudiquen la competencia. Otra cosa es que la aplicación de las mismas premisas nos conduzcan en las horizontales en la mayoría de los casos a un resultado y en las verticales a otro, y que se establezcan normas de carga de la prueba distintas en función de los casos a través de los antes llamados Reglamentos de exención por categorías. Esta conclusión no es del todo extensible, en cambio, a un modelo de prohibición salvo autorización expresa, en donde el diferente tratamiento legal de unas y otras estableciendo para las verticales una presunción de legalidad reservándose las autoridades y/o Tribunales la facultad de dictaminar lo contrario, sí tendría sentido para no obstaculizar la mayoría de restricciones verticales que son procompetitivas. Éste era el caso de la recién derogada *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* alemana⁴⁷, que prohibía en su § 1 los acuerdos o prácticas horizontales, pero que en el § 14 presumía la licitud de las verticales salvo que restringieran la posterior libre fijación de precios o de condiciones contractuales de alguno de los partícipes en sus relaciones con terceros. Pero en la

⁴⁴ En realidad, este cambio ya se había producido de alguna manera en 1.999 para las restricciones verticales cuando se incluyeron éstas en el ya derogado art. 4.2 del Reglamento 17/1.962.

⁴⁵ Así lo cree VERouden (2003, pp. 570 y ss.).

⁴⁶ El régimen sobre carga de la prueba se encuentra en el art. 2 del Reglamento 1/2.003, que establece la norma general, y en los Reglamentos de exención por categorías, que pasan a ser ahora normas que invierten la carga de la prueba exceptuando el art. 2. Entre muchos, MESTMÄCKER/SCHWEITZER (2004, § 1, Rdnr. 14); EIZAGUIRRE (2005, pp. 377 y 379-380).

⁴⁷ El Libro Verde sobre restricciones verticales, puntos 198 a 202, nos informa de que en aquel momento también en Finlandia, Dinamarca, Países Bajos y Reino Unido se daba un tratamiento legal diferenciado a las restricciones verticales con respecto a las horizontales, aunque en aras de la uniformización con el derecho comunitario, en muchos de ellos se preveían reformas.

reforma recientemente aprobada, en aras de la uniformidad con el derecho comunitario, se ha instaurado también con carácter general el sistema de prohibición con excepción legal suprimiéndose cualquier autorización, lo que ha supuesto como lógica consecuencia que desaparezca el mencionado distinto tratamiento legal⁴⁸.

6. Modelo español

1. En lo que respecta al modelo español, sigue en lo sustancial al del derecho comunitario, aunque el paso de un sistema de prohibición salvo autorización a otro de prohibición con excepción legal aún no se ha producido, por lo que nos encontramos todavía en la fase descrita en punto 1 del epígrafe anterior. Así, si bien la todavía vigente LDC no trata de distinto modo a las restricciones horizontales y a las verticales incluyendo a todas en la prohibición del art. 1⁴⁹, sí que en el desarrollo reglamentario de la misma y en la aplicación de la normativa por parte de las autoridades de la competencia se es mucho más flexible con las verticales que con las horizontales. En este sentido, por un lado, las autorizaciones singulares han sido concedidas por el TDC en mayor número y proporción a las restricciones verticales que a las horizontales. Pero además, el RD 378/2.003, que regula las exenciones por categorías, realiza remisiones a los Reglamentos comunitarios de esta clase, que como ya hemos dicho, pueden resumirse en que quedan eximidos la mayoría de acuerdos verticales pero muy pocos horizontales.

Esta remisión al Reglamento CE 2.790/1.999 debe ser valorada en principio positivamente desde el punto de vista de la seguridad jurídica de las empresas que operan en España, porque resulta más práctico, menos costoso y por tanto más competitivo para nuestras empresas que no tengan que andar midiendo continuamente los efectos de sus acuerdos o prácticas para ver qué régimen (el comunitario o nacional) resulta aplicable porque según un ordenamiento éstas ya están incluidas en una exención y en el otro no. Ahora bien, el automatismo y la falta de adecuación al derecho nacional debe ser objeto de crítica. Téngase en cuenta que el derecho comunitario de la competencia, junto con el objetivo de preservar el buen funcionamiento del mercado, lo que comparte con nuestro derecho nacional, tiene el objetivo específico y adicional de conseguir y preservar el mercado único, fin que además está especialmente presente en el régimen de las restricciones verticales por su especial propensión para compartimentar mercados. Esto hace que por ejemplo las letras b, c y d del art. 4 del Reglamento 2.790/1.999 se sitúen al margen de la exención en razón del objetivo de la consecución del mercado único, lo que resulta lógico en el derecho comunitario pero no así en el nacional donde la unidad de mercado está ampliamente

⁴⁸ Sobre el modelo alemán, su reforma y el debate que la supresión de la diferencia legal ha suscitado en aquel país, véase SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (2001, Rdnr. 17 a 26); EIZAGUIRRE (2005, p. 369). Muchos autores alemanes se muestran disconformes con esta opción pese a reconocer la conveniencia de converger con el modelo comunitario, véase, por ejemplo, ZIMMER (2005, p. 715).

⁴⁹ GINER (1994, pp. 483 a 519); GALÁN (2005, p. 181); COSTAS (1999, p. 1.417); ARRUÑADA (2.001, p. 34); Véase, no obstante, ALFARO (2004, p. 51), quien, tal vez con cierto voluntarismo, afirma que las restricciones verticales quedan fuera del art. 1 LDC.

consolidada, por lo que habría sido más conveniente que la remisión hubiera excluido tales preceptos⁵⁰.

2. Esta situación de atraso respecto al derecho comunitario parece que va a ser superada dentro de poco, como se desprende del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, actualmente en tramitación parlamentaria, que acoge el sistema de prohibición con excepción legal en sus artículos 1.1 a 1.3. Si finalmente resulta aprobado, el modelo español de regulación de las restricciones verticales será ya en todo idéntico al comunitario, y económicamente cumplirá todos los presupuestos del modelo que hemos calificado de óptimo.

Por otro lado, la remisión a los Reglamentos comunitarios de aplicación del 81.3 del Tratado CE (exenciones por categorías) se hace en el art. 1.4, pero junto a ello, el art. 1.5 permite al Gobierno “declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia”. Esto es, que cuando se aplique únicamente nuestro derecho nacional porque los efectos de los comportamientos a estudiar no trascienden sensiblemente nuestras fronteras, junto a las llamadas exenciones por categorías comunitarias (hoy normas de inversión de carga de la prueba) que rigen en virtud de la remisión del 1.4, podrán existir otras más si el Gobierno lo considera oportuno. Sería bueno que esta posibilidad fuera utilizada para beneficiar también de la inversión en la carga de la prueba a los comportamientos que en los Reglamentos comunitarios se incluyen en la lista negra por razones no estrictamente económicas sino de consecución del mercado único, como los apartados b, c, y d del Reglamento CE 2.790/1.999, puesto que como hemos dicho, el derecho de la competencia nacional no tiene como objetivo el logro de un mercado común, que ya está ampliamente consolidado. Si esto se produjera, el modelo sería idéntico al que hemos considerado óptimo y atendería exclusivamente a razones de protección de la competencia.

7. Bibliografía

ALFARO (2004), “Autorizar lo que está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”, *Gaceta Jurídica*, 229.

ALFARO (2004b), “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, *InDret 4/2004* (www.indret.com).

ALONSO SOTO (2005), “Las relaciones entre los derechos comunitario europeo y español de la competencia”, en BENEYTO, *Tratado de Derecho de la Competencia*, I, Bosch, Barcelona.

AREEDA/KAPLOW/EDLIN (2004), *Antitrust Analysis. Problems, Text, and Cases*, 6th Edition, Aspen Publishers, New York.

⁵⁰ Sobre esta crítica y sus fundamentos, véase MASSAGUER (1992, pp. 987-988); GINER (1994, p. 521); COSTAS (1997, p. 129); ALFARO (2004, pp. 60 y 67); ZURIMENDI (2006, pp. 193 a 197).

ARRUÑADA (2001), "Economía y derecho en la nueva política comunitaria de la competencia", *Gaceta Jurídica*, 211.

BAKER, "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of "Most-favored-customer" Clauses", *ALJ*, 64.

BELLAMY/CHILD (2001), *European Community Law of Competition*, 5th edition, Oxford University Press, Londres.

CALVO CARAVACA/ CARRASCOSA (2003), *Mercado único y libre competencia*, Colex, Madrid.

COSTAS (1997), *Los cárteles de crisis*, Marcial Pons, Madrid.

COSTAS (1999), "Crónica crítica de la reforma de la Ley española de Defensa de la Competencia", *ADI*, XX.

EASTERBROOK (1984), "Vertical Arrangements and the Rule of Reason", *ALJ*, 53.

EASTERBROOK (1999), "Does Antitrust have a Comparative Advantage?", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 23.

ECHEBARRIA (2005), "Acuerdos verticales", en VELASCO, *Derecho europeo de la competencia*, Lex Nova, Valladolid.

EIZAGUIRRE (2005), *Derecho Mercantil*, 4^a ed., Civitas, Madrid.

FONT RIBAS (1987), *Mercado común y distribución*, Bosch, Barcelona.

GALÁN (1977), *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Montecorvo, Madrid.

GALÁN (2003), "Notas sobre el Reglamento (CE) 1/2.003, del Consejo, de 16 de Diciembre de 2.002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma", *RDCE*, 15.

GALÁN (2005), "Prohibición de prácticas colusorias (I): visión general", en BENEYTO, *Tratado de Derecho de la Competencia*, I, Bosch, Barcelona.

GINER, *Distribución y libre competencia*, Montecorvo, Madrid.

GUTIÉRREZ (2004), "Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico", *Gaceta Jurídica*, 229.

GUTIÉRREZ/JORGE (2005), en BENEYTO, *Tratado de Derecho de la Competencia*, I, Bosch, Barcelona.

JIMÉNEZ LAIGLESIA (1999), "Restricciones verticales: algunas cuestiones y nuevos problemas", *Gaceta Jurídica*, 201.

KJOLBYE (2004), "The New Commission Guidelines on the Application of Article 81 (3): An Economic Approach to Article 81", *European Competition Law Review*.

KORAH (2004), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 8th Edition, Oxford - Portland, Oregon.

KORAH/O'SULLIVAN (2002), *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules*, Oxford-Portland, Oregon.

MAMBRILLA (2005), "Acuerdos de cooperación y colaboración entre empresas", en VELASCO, *Derecho europeo de la competencia*, Lex Nova, Valladolid.

MASSAGUER (1992), "El enjuiciamiento *antitrust* de los acuerdos de licencia de patente y de licencia de *know-how* tras la reforma del derecho español de defensa de la competencia", *La Ley*.

MESTMÄCKER/SCHWEITZER (2004), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, C.H.Beck, Munich.

PETITBÓ (1997), "Las restricciones verticales de la competencia", en *Anuario de la Competencia*, Madrid-Barcelona.

POSNER (2001), *Antitrust Law*, 2nd ed., The University of Chicago Press, Chicago-London.

RIORDAN/SALOP, "Evaluating vertical mergers: a post-Chicago approach", *ALJ*, 63.

SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (2001), *Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen. Praxiskommentar*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg.

TELSER (1960), "Why should Manufacturers want Fair Trade?", *Journal of Law and Economics*, 3.

TELSER (1987), *A Theory of Efficient Cooperation and Competition*, Cambridge University Press, Cambridge, New York.

VELASCO (2005), *Derecho europeo de la competencia*, Lex Nova, Valladolid.

VEROUDEN, "Vertical Agreements and Article 81 (I) EC: the evolving Role of economic Analysis", *ALJ*, 71.

WAELEBROECK/ FRIGNANI (1998), *Derecho Europeo de la competencia*, II, Bosch, Barcelona.

WALKER/ BISHOP (2002), *Economics of EC Competition Law*, Sweet and Maxwell Publishing, Londres.

WHISH (2000), "Regulation 2790/1999: The Commission's "New Style" Block Exemption For Vertical Agreements", *Common Market Law Review*, 37.

WHISH (2005), *Competition Law*, 5th ed., Butterworhts, Londres.

ZIMMER (2005), "Ende gut, alles gut?- Bemerkungen zur 7. GWB Novelle", *WuW*, 7/8.

ZURIMENDI (2006), *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Civitas, Madrid.