



Centro de Estudios del Derecho de la
Competencia y de la Regulación

Agosto, 2014
Documento de Trabajo
Número 04-14

Identificación y Sanción de Prácticas Monopólicas Relativas:
Entre el formalismo ingenuo y la lógica económica-jurídica

Rodrigo Morales Elcoro
Libre INTERcambio,
Centro de Estudios del Derecho de la Competencia y de la Regulación
Facultad Libre de Derecho de Monterrey.



Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de su autor y no reflejan necesariamente las opiniones de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey

Acerca del Autor

Rodrigo Morales Elcoro

Director, Libre INTERcambio, Centro de Estudios del Derecho de la Competencia y de la Regulación, Facultad Libre de Derecho de Monterrey

Comisionado, Comisión Federal de Competencia, 2005-2013

Unidad de Gabinete Económico, Presidencia de la República, 2000-2005

rodrigo.morales@fldm.edu.mx

@romoraleselcoro

Resumen Ejecutivo

La evaluación y regulación de conductas unilaterales ha estado sujeta tradicionalmente a una tensión entre un *formalismo ingenuo*, que busca sancionar más la forma de la conducta, asumiendo prohibiciones *per se* dado poder de mercado y reduciendo la lógica de la Ley a un catálogo preconcebido de prohibiciones frente a un *enfoque centrado en los efectos*, más compatible con el propósito de la Ley al buscar inhibir conductas en tanto afectan el bienestar del consumidor. La nota sostiene que la legislación mexicana en materia de competencia adopta un enfoque basado en efectos sobre bienestar como criterio fundamental para la evaluación de acuerdos verticales y políticas de precios y descuentos en la cadena de distribución o proveeduría y define las condiciones sustantivas que deberán acreditarse antes de concluir que tales conductas constituyen prácticas monopólicas relativas. Si bien la autoridad no ha sido siempre consistente, se examinan precedentes recientes en la práctica mexicana en materia de exclusividades en refrescos y cerveza que reflejan un enfoque económico más apropiado para regular eficientemente este tipo de acuerdos. El contraste con el tratamiento de ilicitud *per se* de los descuentos por lealtad que aún se observa en Europa, recientemente reiterado en el caso de Intel, refleja los riesgos de un enfoque formalista.

Identificación y Sanción de Prácticas Monopólicas Relativas: *Entre el formalismo ingenuo y la lógica económica-jurídica*¹

Rodrigo Morales Elcoro

...trade is a social act. Whoever undertakes to sell any description of goods to the public, does what affects the interest of other persons, and of society in general; and thus his conduct, in principle, comes within the jurisdiction of society.

John Stuart Mill, *On Liberty*

La reflexión de Mill, contenida en su ensayo clásico *Sobre la Libertad*, ofrece la base filosófica del derecho de la competencia. El comercio es esencialmente un acto social y, por tanto, afecta el bienestar de otros y el de la sociedad. Ello justifica sujetar la libertad de comercio a la regulación pública. Cualquiera que se dedique al comercio debe ceñirse, en consecuencia, a las normas legalmente emitidas y orientadas a proteger el bien común. Por contrapartida, toda restricción a la libertad de comercio debe contener la racionalidad necesaria para cumplir el objetivo de proteger el bienestar y constituir la mínima limitación indispensable para lograrlo, sin suprimir los beneficios inherentes del comercio.

El espíritu que anima a los artículos 54 a 56 de la Ley Federal de Competencia Económica (Ley o LFCE), que regulan acuerdos verticales entre proveedores y distribuidores, es una lógica económica-jurídica orientada precisamente a prevenir daños al bienestar social sin inhibir los beneficios de la libertad comercial al incorporar los mecanismos de auto-contención requeridos para no limitarla innecesariamente –lo que sería contrario al propósito de la misma Ley.² En efecto, la LFCE establece un marco jurídico operativo que adopta el efecto sobre bienestar como criterio fundamental para la evaluación de acuerdos, condicionamientos o políticas de precios y descuentos en la cadena de distribución o proveeduría; define las condiciones sustantivas que deberán acreditarse para concluir la ilicitud de tales acuerdos verticales; y precisa la distribución procedimental de la carga de la prueba de esas condiciones entre la autoridad acusatoria, el denunciante y la empresa o las empresas acusadas.

1. Criterios para la evaluación de estrategias de proveeduría y distribución en la LFCE

En estricto apego al texto de la normatividad y en congruencia con su propósito de garantizar la eficiencia en los mercados en aras de promover el bienestar del consumidor, la autoridad debe demostrar fehacientemente que se cumplen cuatro condiciones antes de considerar que se ha acreditado plenamente la ilicitud de un acuerdo vertical o de una estrategia de precios en la cadena de distribución en términos de los artículos 54 y 55 de la Ley.

¹ Una versión inicial y más limitada de este documento se publicó por la Comisión Federal de Competencia en *La Política de Competencia en el Umbral de la Consolidación* (2013).

² Lo mismo podía señalarse del artículo 10 de la antigua Ley cuyo espíritu y propósito se refleja en la nueva normatividad.

1. Certidumbre sobre la conducta potencialmente sujeta a escrutinio: Se acredita la actualización de una de las conductas explícitamente tipificadas en alguna de las trece fracciones del Artículo 56 de la Ley.

Esta condición, contenida en la fracción primera del artículo 54, otorga certidumbre a los agentes al limitar la discrecionalidad de la autoridad de competencia e identificar de manera precisa los actos que se sujetan al escrutinio de la autoridad y que, en conjunción con el resto de las condiciones previstas, pueden constituir violaciones a la Ley. La incorporación explícita de este principio sigue los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que ha establecido que “*los caracteres esenciales de la conducta y la forma, contenido y alcance de la infracción, estén consignados de manera expresa en la ley.*”³ Resulta previsible que en el futuro pudieran presentarse controversias sobre si la fracción XI (elevación de costos al rival o reducción de su demanda) y las fracciones XII y XIII del artículo 56 de la Ley (respecto de la denegación o la imputación de precios de un insumo esencial no definido previamente) cumplen con el extremo de definir “*los caracteres esenciales de la conducta y la forma, contenido y alcance de la infracción.*” No obstante lo anterior, el principio general es precisamente el de otorgar certidumbre detallando las conductas potencialmente sujetas a revisión.

2. Criterio de Procedencia: El agente o los agentes que realizan la conducta tienen poder sustancial en el mercado relevante donde ocurre la conducta.

La segunda fracción del artículo 54 de la Ley estipula la existencia de poder sustancial de mercado como criterio de procedencia para la imputación de una presunta responsabilidad en prácticas monopólicas relativas. Al limitar la imputación de ilicitud de conductas unilaterales solo a aquellas empresas que cuentan con poder sustancial, en lo individual o conjuntamente, se minimiza el riesgo de inhibir conductas pro-competitivas o competitivamente neutras por parte de agentes que no tienen la capacidad de influir de forma significativa sobre el mercado y cuyas acciones, en consecuencia, no podrían limitar el bienestar del consumidor.⁴

³ Al declarar la inconstitucionalidad de la fracción VII del artículo 10 de la LFCE previa a la reforma de 2006, la SCJN consideró: “Ciertamente, *el principio de legalidad no significa tan sólo que el acto creador de la norma sancionadora deba emanar del poder legislativo, sino que los caracteres esenciales de la conducta y la forma, contenido y alcance de la infracción, estén consignados de manera expresa en la ley, de tal manera que no quede margen para la arbitrariedad de las autoridades encargadas de su aplicación, sino que el gobernado pueda conocer la conducta que constituye una infracción a la ley y a qué sanción se hará acreedor, y a la autoridad no quede otra cosa sino aplicar las disposiciones generales de observancia obligatoria, dictadas con anterioridad al caso concreto.* Esto es ningún órgano del Estado puede realizar actos que no estén previstos y autorizados por disposición general anterior (artículo 14 CPEUM). Lo contrario, la arbitrariedad en la imposición de sanciones, por imprevisibilidad de la infracción que no tenga un claro apoyo legal, debe considerarse absolutamente proscrita en el régimen constitucional mexicano.” [énfasis añadido] Amparo en Revisión 2617/96, Grupo Warner Lamber México, SA de CV.

⁴ Este criterio es compatible con la práctica internacional y permite racionalizar los casos en que se aplica el examen de estrategias unilaterales. Véase Chang, Evans, Schmalensee, *Assessment of*

Acreditar la actualización de alguna de las conductas listadas en el artículo 56 de la Ley y el poder de mercado del agente que la realiza constituyen condiciones necesarias pero no suficientes para presumir la ilegalidad de la conducta ni para emitir una acusación. Las conductas listadas en las trece fracciones del artículo 56 de la Ley no constituyen prohibiciones absolutas ni siquiera para las empresas que cuentan con poder de mercado.⁵ La legislación de competencia en materia de conducta unilateral no establece prohibiciones meramente formales sino que busca reprimir conductas concretas cuando disminuyen, dañan o impiden la competencia y el libre acceso a los mercados o imponen un riesgo real de conducir a tal resultado –efecto que deberá acreditarse en cada caso. Es por ello, que la normatividad incluye dos condiciones adicionales que buscan sopesar los efectos competitivos de la conducta.

3. Teoría robusta y verificable de daño: La conducta inhibe la intensidad de la competencia en los mercados en perjuicio del bienestar de los consumidores.

La tercera fracción del artículo 54 establece que para que una conducta pueda calificarse como práctica monopólica relativa (PMR) deberá acreditarse que “(t)enga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.” Al calificar el desplazamiento que se sanciona como “indebido” se asegura que una práctica se sancione no en atención al efecto que cause en los competidores, sino al perjuicio que cause o pueda causar al bien jurídico tutelado, el proceso de competencia y libre concurrencia y, en consecuencia, sobre la eficiencia en los mercados. En este sentido, la norma mexicana se ajusta a las recomendaciones del análisis económico y de la experiencia internacional que sugieren adoptar un enfoque basado en los efectos, no uno meramente formalista.⁶

Prohibir o sancionar cierta conducta a pesar de que resultase altamente improbable que dañe el proceso competitivo sería contrario al mandato de la Ley, ya que solo estaría protegiendo a competidores menos eficientes. Incluso la mera emisión de acusaciones formalistas por parte de la autoridad, en ausencia de una teoría sólida de daño, incentivaría la presentación de denuncias frívolas que podrían inhibir estrategias agresivas de competencia. Solo podrá presumirse la ilegalidad de un acuerdo vertical o de una estrategia de precios en la cadena de distribución hasta que se cuente con elementos indicativos de daños concretos, en el contexto específico, al proceso de competencia y, por ese conducto, al bienestar del consumidor. En consecuencia, solo procede la emisión de una acusación formal por violaciones al Capítulo III del Libro Segundo de la LFCE cuando se cuenta con una teoría razonable y robusta del daño soportada por evidencia creíble. Esta presunción de ilegalidad constituye una hipótesis refutable y contrastable frente a pruebas de una

Market Power in Competition Matters. Documento de Referencia, CFC. Disponible en <http://www.cfc.gob.mx/images/stories/Documentos/guias/ultdoctopodersustmercado.pdf>.

⁵ Véase la argumentación en la resolución de la CFC citada en la nota 20 más adelante.

⁶ Ver, por ejemplo, Gual, Jordi et al, *Report by the EAGCP (2005), An Economic Approach to Article 82*. Disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.

dinámica competitiva distinta a la supuesta y evidencia concreta de eficiencias derivadas directamente de la conducta, pruebas que desacreditarían la ilegalidad.

4. Efecto neto sobre el bienestar del consumidor: El agente investigado no acredita que, en balance, la práctica genera un beneficio neto para los consumidores.

Aun cuando se cumplan las tres condiciones antes señaladas, es posible que la conducta propicie ganancias en eficiencia y que estas, en balance, contrarresten los efectos negativos sobre los consumidores de una mayor concentración. El artículo 55 de la Ley establece que, antes de declarar la ilicitud de un acuerdo vertical, deberán evaluarse los efectos potencialmente pro-competitivos que acredite la empresa investigada. Solo en el caso de que las eficiencias verificables y directamente derivadas de la conducta sean insuficientes para compensar los daños al bienestar del consumidor previamente acreditados resultará procedente la declaración de ilicitud. Este criterio permite que el agente investigado, quien tiene la mejor información disponible al respecto, acredite la existencia de ganancias de eficiencia en beneficio del consumidor, eficiencias verificables y directamente derivadas de la conducta, las cuales deberán ponderarse contra los posibles daños y, en caso de superarlos, evitar con ello la declaración de ilicitud y la correspondiente sanción.⁷

La valoración de eficiencias como elemento que conduce a declarar lícita una estrategia demuestra que el propósito de la Ley no es proteger a los competidores sino preservar los beneficios al consumidor de mercados abiertos y competitivos –los competidores pueden ser desplazados y, en una economía de mercado vigorosa el desplazamiento es continuo, pero si determinada vinculación productor-distribuidor beneficia al consumidor no procede declarar su ilicitud en términos de la LFCE.

La distinción entre el *desplazamiento competitivo*, resultado de una competencia intensa en precio, calidad, servicio e innovación, y el *desplazamiento indebido* prohibido por la Ley implica un ejercicio analítico complejo. En ocasiones, como lo reconoce la Ley, una misma conducta implica efectos anticompetitivos y pro-competitivos. Por ejemplo, una interacción estrecha y creativa con proveedores y distribuidores puede facilitar la innovación de productos y la mejora en procesos pero también puede cerrar el canal comercial a competidores alternos, en perjuicio del consumidor. La autoridad debe realizar en cada caso un ejercicio prudente de ponderación a fin de evitar inhibir estrategias competitivas promotoras del bienestar al tiempo que reprime con efectividad conductas contrarias a la competencia. Un formalismo ingenuo –el intento de reducir a una serie de prescripciones dogmáticas la lógica de la Ley de regular estrategias empresariales solo con a fin de asegurar el bienestar del consumidor, y solamente hasta donde sea necesario para lograrlo– terminaría por subvertir los fines mismos de la Ley.

⁷ Si bien el momento para que la empresa acusada acredite ganancias en eficiencia derivadas de sus prácticas comerciales es posterior a la emisión del Dictamen de Probable Responsabilidad resulta válido que durante la etapa de investigación la autoridad pondere cualquier información disponible sobre ellas ya que su existencia contribuye a entender y reconocer un posible propósito lícito de la conducta investigada.

2. **Experiencia Mexicana Reciente**

Se han desarrollado diversas metodologías que buscan identificar de manera genérica el desplazamiento indebido (sacrificio de utilidades, falta de sentido económico, exclusión de competidores al menos tan eficientes, etc.).⁸ Cada una de estos estándares aporta elementos analíticos valiosos en la identificación y análisis de distintas conductas pero cada caso debe ser estudiado en sus términos y el criterio esencial para determinar la ilicitud de una conducta unilateral es su impacto sobre el bienestar del consumidor. Una conducta que eleva el bienestar del consumidor de forma permanente y duradera no puede considerarse ilícita en términos del Capítulo III del Libro Segundo de la Ley, aún si conlleva temporalmente a una mayor concentración de mercado en la medida en que no imponga barreras artificiales de entrada o reduzca innecesariamente las condiciones de competencia.

Debe reconocerse que la experiencia mexicana durante poco más de dos décadas de aplicación de la legislación de competencia en materia de conducta unilateral ha sido poco satisfactoria y en algunas ocasiones se adoptó un formalismo ingenuo que presupone que basta la coincidencia de poder sustancial y alguna de las conductas tipificadas en el antiguo artículo 10 de la LFCE abrogada en junio de 2014 para presumir o más aun concluir sobre la ilicitud de una conducta, en ausencia de indicios concretos de daños al bienestar.⁹ Diversos precedentes recientes, sin embargo, indican la adopción gradual de un análisis más sofisticado y de ciertos principios implícitos en la evaluación de acuerdos verticales.

2.1 **Experiencia Reciente: Exclusividades en Refrescos**

Un precedente importante en la dirección correcta es la resolución de cierre dictada en el expediente DE-013-2008 y acumulados, en la que se adoptaron elementos objetivos de análisis que ofrecen una guía sobre las circunstancias en las que resultaría razonable prever un posible daño al proceso de competencia y libre concurrencia derivado de exclusividades. Este análisis se aplicó al mercado de la distribución y comercialización al mayoreo de bebidas carbonatadas en el canal tradicional con una dimensión geográfica regional.¹⁰

⁸ Organization for Economic Co-operation and Development, (2005), *Competition on the Merits*. Disponible en:

<http://www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/35911017.pdf>.

⁹ Si bien, la legislación en materia de PMRs se modificó, se amplió el catálogo de conductas sujetas a escrutinio, y se esquematizaron de forma más clara los pre-requisitos para presumir y acreditar su existencia, la lógica del antiguo artículo 10 de LFCE ahora abrogada coincide con la legislación hoy vigente. En consecuencia, resulta válido evaluar los precedentes resueltos bajo el antiguo ordenamiento.

¹⁰ Resolución de nueve de diciembre de dos mil once. Estos elementos no fueron modificados en el recurso de reconsideración RA-035-2012 y acumulados, resuelto el tres de mayo de dos mil doce. La versión pública de la resolución está disponible en la página de la Comisión: <http://www.cfc.gob.mx/cfcre resoluciones/DOCS/INVESTIGACIONES/V239/13/1621072.pdf>.

La Comisión determinó que para que la imposición de exclusividades por parte de un agente con poder sustancial pueda incidir adversamente en el proceso de competencia y libre concurrencia, se requiere que produzca el efecto de reducir la demanda residual de los competidores al grado que les impida alcanzar la escala necesaria para acceder, permanecer o crecer exitosamente en el mercado. En otras palabras, la efectividad de una estrategia de exclusividades como medio de desplazamiento indebido dependerá de la importancia y magnitud de las economías de escala en la proveeduría y la consecuente necesidad de capturar un nivel mínimo de demanda para constituirse en un participante viable y competir exitosamente en el mercado.

Los elementos que se consideraron en ese análisis para determinar si las exclusividades tienen el objeto o efecto de impedir “*sustancialmente*” el acceso o desplazar “*indebidamente*” a otros oferentes del mercado relevante fueron: la frecuencia con la que se observaron las exclusividades; su duración; la imposibilidad de alcanzar la escala necesaria derivada de la extensión de las exclusividades; y, la evidencia sobre el dinamismo competitivo en el mercado.

- a) *Frecuencia*: Exclusividades aisladas y limitadas en su número difícilmente constituirán un impedimento real de acceso a la distribución y comercialización. A mayor frecuencia, se vuelve más probable que la existencia de exclusividades afecte o pueda afectar el proceso de competencia y libre concurrencia. Para las regiones de las que se disponía información,¹¹ el porcentaje de exclusividades atribuibles al agente dominante no excedía en el periodo de la investigación al 5% del total de los establecimientos detallistas. Si bien no es posible establecer un “*umbral*” general por abajo del cual se descarte inequívocamente toda posibilidad de daño al proceso de competencia, la muy limitada frecuencia observada se consideró en sí misma un primer indicio relevante, indicio que se contrastó con el resto de los factores relevantes.
- b) *Duración*: Exclusividades de corta duración, al ser disputables en mayor medida, difícilmente pueden considerarse como un impedimento de acceso a la distribución y comercialización al mayoreo de bebidas carbonatadas. A mayor duración de este tipo de contratos será más probable una afectación al proceso de competencia y libre concurrencia –la “*competencia por el contrato*” será menos efectiva.
- c) *Escala mínima eficiente*: Alcanzar una escala de distribución mínima eficiente resulta crítico para la competitividad, permanencia y crecimiento de un oferente en el mercado, al constituir un prerrequisito para optimizar costos. Si a través de la imposición de exclusividades se creara un obstáculo para alcanzar la escala mínima eficiente, se podría inferir que en el largo plazo la viabilidad de un competidor, eficiente en sí, peligra

¹¹ Consultar páginas 70 a 110, 179 a 196, 266 – 296 y 314 - 358 de la resolución dictada dentro del expediente DE-013-2008 y Acumulados.

artificialmente por tal política comercial.¹² La resolución encontró que los agentes económicos en el mercado se encuentran en un rango eficiente de operación —es decir, las exclusividades que pueden existir no limitan a ningún competidor y su frecuencia observada no se encuentra ni siquiera cercana a amenazar a los participantes en el mercado.

- d) *Evidencia sobre el dinamismo competitivo en el mercado*: El dinamismo del mercado se puede observar objetivamente en la entrada y salida de nuevos agentes y productos en el mercado, así como en las estrategias adoptadas para ganar participación. Las decisiones de introducir nuevos productos, reducir precios o elevar la oferta en el mercado de bebidas carbonatadas reflejan las expectativas de mercado, es decir, responden a condiciones de mercado. La dinámica de precios observada es indicativa de que los diferentes agentes buscan y tienen la capacidad de posicionarse en el mercado. En general, se observó que diversos agentes han disminuido sus precios y los volúmenes de comercialización se han incrementado.

Una vez evaluados en su conjunto estos elementos, en especial el contraste entre la frecuencia de exclusividades y la escala requerida para optimizar costos, se determinó que la incidencia de exclusividades observada en el periodo investigado no tenía ni podía tener como objeto o efecto impedir el acceso ni desplazar indebidamente a un competidor del mercado relevante.

La conclusión de la resolución enfatizó la necesidad de contar con una teoría del daño concreta como prerequisite previo a emitir una acusación y la imposibilidad de sancionar en ausencia de acreditar efectos anticompetitivos concretos,

“No puede imponerse una sanción por violaciones al artículo 10 de la LFCE sin acreditar un daño, real o potencial, al proceso de competencia y libre acceso a los mercados. En consecuencia, sería inválido en ausencia de una teoría del daño considerar que existen elementos para sustentar la posible responsabilidad por violaciones a la Ley en materia de prácticas monopólicas relativas. La lógica del artículo 10 de la Ley es muy clara al establecer las condiciones necesarias para la configuración de una práctica monopólica relativa, la cual consiste en un contrato o acto realizado por un agente con poder de mercado:

- i) Cuyo objeto o efecto sea, o pueda ser, desplazar indebidamente, impedir sustancialmente el acceso o establecer ventajas exclusivas,*
- ii) Mediante la imposición, en el caso que nos ocupa, de la proveeduría exclusiva o de incentivos o descuentos para lograrla,*
- iii) A menos que se acrediten eficiencias superiores a los daños al proceso de competencia.*

La ausencia de un escenario razonable en que la conducta pueda, al menos potencialmente, imponer daño o disminuir la competencia permite concluir que no existen elementos para sustentar una probable responsabilidad.

¹² En el caso se estimó que la escala mínima eficiente de cobertura es de 2,302 establecimientos, con un intervalo de confianza al 95% de 894 a 3,710 establecimientos.

La LFCE claramente impone, como paso previo a la posibilidad de sancionar, la determinación de efectos anticompetitivos. En el caso bajo estudio, no se cuenta con elementos para presumir que exista ese objeto o efecto previsto como condición necesaria en el proemio del artículo 10. Al contrario, se tienen evidencias de que los competidores no se enfrentan a un canal cerrado y que pudieran seguir creciendo a pesar de las exclusividades existentes.”¹³ [Énfasis añadido]

2.2 Experiencia Reciente: Exclusividades en Cerveza

Otro expediente en el que la autoridad debió ponderar los riesgos derivados de contratos de exclusividad fue el referente a una investigación en el mercado de cerveza y en el que resolvió concluir la investigación adoptando condicionamientos considerados idóneos para eliminar esos posibles riesgos.¹⁴ Los denunciantes sostenían que “(l)os contratos de exclusividad representan una reducción sustancial en el universo de puntos de venta al que pueden acceder los competidores actuales o potenciales. Así, se impide y desalienta la entrada de nuevos competidores, además de obstaculizarse el crecimiento de los que ya se encuentran presentes.”¹⁵ La metodología y los principios adoptados para evaluar si los condicionamientos propuestos eran o no idóneos para prevenir los riesgos de las exclusividades fue consistente con la metodología usada en el expediente de refrescos. En efecto, la resolución estableció,

“Si bien, la Comisión no considera que puede adoptarse un umbral genérico y aplicable en toda circunstancia para descartar riesgos derivados de relaciones comerciales exclusivas, en decisiones previas se ha reconocido que para que la imposición de exclusividades por parte de un agente con poder sustancial pueda incidir adversamente en el proceso de competencia y libre concurrencia se requiere que produzca el efecto de reducir la demanda residual de los competidores al grado que les impida alcanzar la escala necesaria para acceder, permanecer o crecer exitosamente en el mercado. En otras palabras, la efectividad de una estrategia de exclusividades como medio de desplazamiento indebido dependerá de la importancia y magnitud de las economías de escala en la proveeduría y la consecuente necesidad de capturar un nivel mínimo de demanda para constituirse en un participante viable y competir exitosamente en el mercado.[Nota: Resolución en el expediente DE-013-2008] Los elementos que se consideraron en esa decisión para determinar si las exclusividades tienen el objeto o efecto de impedir “sustancialmente” el acceso o desplazar “indebidamente” a otros oferentes del mercado relevante fueron la frecuencia con la que se observaron las exclusividades, su duración y, la imposibilidad de alcanzar una escala eficiente derivada de la extensión de las exclusividades.”¹⁶

¹³ Página 373 de la resolución citada.

¹⁴ Expediente DE-012-2010 en el que se denunció exclusividades y descuentos conducentes a exclusividades, fracciones IV y VIII del artículo 10 de la LFCE abrogada equivalentes a las mismas fracciones del artículo 56 de la Ley vigente. El denunciante consideró que estas conductas se registraban en diversos mercados regionales de envase abierto y envase cerrado.

¹⁵ Versión pública de la resolución del Expediente DE-012-2010, página 19. Disponible en <http://www.cfc.gob.mx:8080/cfresoluciones/docs/INVESTIGACIONES/V353/74/1755570.pdf>.

¹⁶ Resolución en el expediente DE-012-2010, páginas 71 a 72.

Luego de reconocer las eficiencias que conceptualmente pueden derivar de relaciones de exclusividad en los mercados analizados (financiamiento, mejora de infraestructura de venta, disponibilidad de equipo, mejora en manejo de inventarios), la Resolución estableció que *“a pesar de sus posibles beneficios, la proliferación excesiva de contratos de exclusividad, en particular cuando sus condiciones imponen condiciones de salida onerosas, limitando con ello la rotación competitiva de proveedores, podría impedir el acceso al mercado a nuevos competidores.”*¹⁷

Los compromisos adoptados para el cierre del expediente incluyeron los siguientes:

1. Eliminar todo convenio informal de exclusividad que pudiera haber existido;
2. Limitar los contratos formales y transparentes de exclusividad a un máximo de 25% de la cartera de clientes –disminuyendo ese límite a un máximo de 20% en un plazo de 5 años;
3. Transparentar los incentivos y el valor de los contratos;
4. Limitar la duración de los contratos;
5. Reducir los costos por terminación de contrato;
6. Eliminar toda restricción de los contratos de exclusividad a los microcerveceros;
7. Establecer mecanismos efectivos de seguimiento.

El denunciante estimó que alrededor del 88% de los distribuidores manejaban una marca única y que poco más de una cuarta parte de ellos estaban sujetos a un convenio informal/verbal de exclusividad.¹⁸ Asumiendo que ese dato fuese preciso, la eliminación de todo convenio informal abriría de inmediato a la competencia una cuarta parte del mercado mientras que el tope impuesto al número de convenios formales a no más del 25%, liberaría adicionalmente dos terceras partes del mercado, en la medida en la que los contratos de exclusividad fuesen la causa efectiva del cierre del canal –en última instancia, 75% del canal estaría libre de todo compromiso, formal o informal, de exclusividades.

Por otro lado, los compromisos implicaban no solamente una disminución en la cobertura de exclusividades sino la adopción de parámetros más transparentes y razonables en los contratos. Transparentar los incentivos y el valor de los beneficios derivados de los contratos formales, limitar su duración y el costo de su terminación anticipada fomenta la *“competencia por el contrato”*. Por último, eliminar toda restricción a los microcerveceros fomenta el crecimiento potencial de competidores que en otras regiones han evolucionado y se han convertido en fuerzas competitivas relevantes. Este beneficio no se hubiera materializado ni siquiera si un emplazamiento hubiese sido exitoso –en tal caso la segunda cervecera en cada región no hubiera encontrado ninguna restricción a mantener y extender, sin ninguna limitación, sus exclusividades en esa región –limitando los beneficios a posibles entrantes o a participantes pequeños.

¹⁷ Resolución citada, página 66.

¹⁸ Resolución citada, página 73.

Por los principios que sostiene en la evaluación de conductas unilaterales, vale la pena citar en extenso la resolución,

Las conductas tipificadas en el artículo 10 de la Ley no constituyen prohibiciones absolutas ni siquiera para las empresas que cuentan con poder de mercado. La legislación de competencia en materia de conducta unilateral no establece prohibiciones meramente formales sino que busca reprimir conductas concretas cuando disminuyen, dañan o impiden la competencia y el libre acceso a los mercados o imponen un riesgo real de conducir a tal resultado. Una extensión máxima de las exclusividades que asegure que al menos el setenta por ciento de los puntos de venta existentes en el mercado se mantengan libres y abiertos a contratar con cualquier competidor y que aquellos establecimientos que decidan acordar exclusividades se sujeten a contratos de corta duración, con costos razonables de salida y manteniendo su libertad de recontractar con el proveedor que ofrezca las mejores condiciones de proveeduría, descarta el riesgo de que la adopción de exclusividades desplaze indebidamente a un competidor ya que no tendría el efecto de impedir a ninguno de ellos a alcanzar la escala óptima en la cadena de distribución y permitirá, mediante la recontractación, una competencia abierta por la proveeduría. Es bajo estos criterios que se evalúan los condicionamientos a continuación.

El límite al que tendrá que sujetarse y que propone Grupo Modelo de un máximo de veinticinco por ciento (25%) de exclusividades para el primer año y su reducción gradual año con año hasta llegar a un máximo de veinte por ciento (20%), elimina riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia. Al sujetarse a este límite se asegura que el número de relaciones exclusivas no cierre el acceso a los competidores de este agente económico, principalmente en Restaurantes y establecimientos del Canal Tradicional, dejando a un número considerable de establecimientos su libertad de elegir al proveedor o proveedores de cerveza que les ofrezca mejores términos y condiciones. En consecuencia, no resulta previsible que la demanda residual de los competidores se reduzca al grado tal de impedirles alcanzar un volumen de operación que, por las economías a escala en la proveeduría, sea incompatible con la eficiencia en costos.

Al respecto se destaca lo siguiente:

- *Este porcentaje es un tope máximo que garantiza que una parte significativa de los puntos de venta del país esté libre de elegir el proveedor o proveedores de cerveza que más le convenga sin que medie un Contrato de Suministro que restrinja dicha elección. El porcentaje máximo de establecimientos no comprometidos aumentará año con año.*
- *El compromiso propuesto por Grupo Modelo, a través de los comunicados e inserciones, da certidumbre comercial a los establecimientos que no tienen Contrato de Suministro respecto a la libertad con que cuentan para elegir el proveedor o proveedores de cerveza que mejor les convenga. Al respecto hay que considerar que en el expediente hay indicios de relaciones exclusivas sin un contrato formal (acuerdos verbales) en un amplio número de establecimientos del Canal Tradicional,¹⁹ sin que exista certeza sobre las razones que les dieron origen.*
- *Por último, la reducción de la vigencia y de las penalizaciones de los Contratos de Suministro, así como la claridad y transparencia de los apoyos que se incluyen, incrementarán la disputa y la competencia de los proveedores de cerveza por los*

¹⁹ *La encuesta de Miller señala que el veintisiete punto cuatro por ciento (27.4%) de los establecimientos encuestados manifestaron tener un acuerdo verbal. Foja 2739 del expediente.*

establecimientos con Contrato de Suministro, e incrementará el poder de negociación de los establecimientos con sus proveedores en el momento del vencimiento de sus contratos.

*De esta forma, la interacción entre contratos transparentes y formales, con menores costos de salida, la eliminación de exclusividades informales y opacas y el establecimiento de un límite máximo al número permisible de relaciones exclusivas tendría como consecuencia proteger el proceso de competencia y libre concurrencia preservando las posibles ganancias en eficiencia derivadas de la colaboración entre productores y distribuidores. Lo anterior toda vez que permite el acceso libre a un gran número de establecimientos que no tendrán relaciones exclusivas, por lo que corrige las conductas investigadas.*²⁰

Los casos antes reseñados ilustran la transición del derecho mexicano de la competencia hacia un enfoque más sofisticado en la evaluación de conductas unilaterales, más centrado en los efectos de las estrategias empresariales que en su forma. Esta transición, tanto para México como para otras jurisdicciones en América Latina, ha sido ya destacada en un documento de referencia publicado por la autoridad.²¹

3. Intel, Una Anomalía Internacional: Aplicación Mecánica de reglas per se en descuentos por lealtad

El debate entre un enfoque basado en efectos y un formalismo estrecho al regular conductas unilaterales no es privativo de México. Diversas decisiones recientes a nivel internacional reflejan los riesgos de prescindir del análisis económico al aplicar la legislación de competencia en favor de prohibiciones mecánicas. Un ejemplo particularmente preocupante es la reiteración, por parte del Tribunal General de la Unión Europea, de la aplicación de una regla mecánica que declara la ilicitud *per se* de descuentos por fidelidad a toda empresa dominante, sin necesidad previa de acreditar daños mediante un examen de los efectos.

Al respecto, las cortes europeas parecen rehenes de sus propios precedentes a pesar de los avances del análisis económico. El fallo en *Hoffmann-La Roche* (1979) adoptó una regla rígida hace más de tres décadas, regla contraria a las conclusiones del análisis económico, desvinculada de los posibles efectos sobre bienestar y que, a pesar de resultar opuesta a las propias guías recientemente publicadas de la Comisión Europea, sigue siendo citada como un precedente válido,

Considerando que, para una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado, el hecho de vincular a los compradores —aunque sea a instancia de éstos— mediante una obligación o promesa de abastecerse, en lo que respecta a la totalidad o a gran parte de sus necesidades, exclusivamente en dicha empresa, constituye una explotación abusiva de una posición

²⁰ Resolución citada, páginas 72 a 73.

²¹ Salinger, Michael A. y Alexander Elbittar, *White Paper on Vertical Restraints*, CFC, Documento de Referencia para el Análisis de Restricciones Verticales, Septiembre, 2012. Disponible en: http://www.cfc.gob.mx/cofece/images/Estudios/Externos/Restricciones_Verticales.pdf.

*dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado, tanto si la obligación de que se trata ha sido estipulada sin más, como si es la contrapartida de la concesión de descuentos.*²²

El enfoque de Hoffmann-La Roche se contrapone al análisis sugerido en los lineamientos publicados en 2005 por la Comisión Europea sobre prioridades respecto de conducta excluyente, documento que buscaba superar criterios formalistas y prohibiciones *per se* y que sugería la necesidad de realizar un estudio caso por caso de los efectos de descuentos conducentes a exclusividades. Reconociendo los posibles efectos anticompetitivos de una estrategia de descuentos por lealtad al encarecer una diversificación marginal de la proveeduría, el documento enfatiza la necesidad de estudiar sus efectos en el contexto específico,

*...la Comisión se propone investigar...si el sistema de descuento puede obstaculizar la expansión o la entrada incluso de competidores con igual grado de eficiencia haciendo que les sea más difícil satisfacer una parte de las necesidades de los clientes individuales.*²³

La autoridad americana ha reconocido también los riesgos de los descuentos por lealtad y, por simplicidad administrativa, sugirió la adopción de un criterio de ilicitud basado en depredación de precios en el segmento marginal de ventas.²⁴ Ciertamente un enfoque basado en efectos enfrenta riesgos y los descuentos por lealtad o retroactivos constituyen una de las estrategias en las que existen mayores dificultades para delimitar criterios económicos que ofrezcan pautas universalmente aceptadas. Diversos académicos han resaltado que un criterio basado exclusivamente en precios incrementales depredatorios podría resultar demasiado laxo y subestimar efectos de exclusión. Economides, por ejemplo, ha observado que el criterio de comparación precio-costo puede incurrir en el error de considerar lícitas algunas conductas que, aún mediante precios arriba de costos, tienen como efecto desplazar indebidamente a un competidor eficiente al restringir su

²² Case 85/76 (1979). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0085&from=EN>

²³ Comisión Europea, (2009), “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del Artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes.” Diario Oficial de la Unión Europea. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:ES:PDF>. El criterio adoptado para evaluar la licitud de los descuentos por lealtad es la posible depredación de precios, al contrastar el precio ofrecido por el segmento disputable de la demanda y una medida de costos.

²⁴ Vease por ejemplo, United States Department of Justice (2008) *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. [El Departamento de Justicia retiró su aval al documento en 2009] El documento señala los posibles riesgos de descuentos por lealtad o retroactivos, “*These discounts may effectively foreclose such a large portion of available business that competitors cannot achieve efficient scale, thereby enabling the dominant firm to acquire or maintain monopoly power.*” Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>.

escala de operación y elevar, en consecuencia, sus costos unitarios.²⁵ A pesar de estas dificultades para trazar criterios económicos generales, una prohibición *per se* o presunción *a priori* de ilicitud de descuentos conduce a riesgos graves de inhibir conductas pro competitivas.

En su decisión de 2009 de sancionar por 1,060 millones de euros a Intel por su política de descuentos, la Comisión Europea emitió una resolución en parte inconsistente.²⁶ Adopta, en una primera fase, los criterios judiciales tradicionales de ilicitud *per se* o *por su objeto* de los descuentos de lealtad²⁷ –rechazando la necesidad de acreditar un desplazamiento indebido, postura que contradice sus propios criterios administrativos– para posteriormente aplicar un análisis de efectos sobre la base del criterio de “*competidor tan eficiente*”, análisis que ha sido ampliamente cuestionado.²⁸

En una resolución sumamente criticada, el esfuerzo de la autoridad europea de corroborar un daño concreto derivado de los descuentos condicionales antes de presumir su ilicitud fue descartado como superfluo por el Tribunal General de la Unión Europea que ha reiterado la validez del precedente de *Hoffmann-La Roche* y la ilicitud *por su objeto* de descuentos por lealtad. En efecto, el Tribunal reiteró el supuesto (erróneo) de *Hoffmann-La Roche* de que los descuentos por lealtad por su propia naturaleza, “*por su objeto*” mismo, limitan la competencia y transfiere al acusado la carga de probar su licitud.

Se transcriben a continuación algunos de los elementos contenidos en la resolución del Tribunal General en el caso Intel.²⁹ En el párrafo 71 de su decisión, se reitera el carácter ilícito de los descuentos por lealtad en base del precedente establecido por *Hoffmann-La Roche*,

71 *Such exclusivity rebates, when applied by an undertaking in a dominant position, are incompatible with the objective of undistorted competition within the common market, because they are not based— save in exceptional circumstances— on an economic transaction which justifies this burden or benefit but are designed to remove or restrict the purchaser’s freedom to choose his sources of supply and to deny other producers access to the market (see, to that effect, Hoffmann-La Roche, paragraph 71 above, paragraph 90, and Case T-155/06 Tomra, paragraph 72 above, paragraph 209). Such rebates are designed, through the grant of a financial advantage, to prevent customers*

²⁵ Economides, Nicholas, *Loyalty/Requirement Rebates and the Antitrust Modernization Commission: What is the Appropriate Liability Standard?* (June 29, 2009). NET Institute Working Paper No. #09-02; NYU Law y Economics Research Paper No. 09-15; Antitrust Bulletin, 2009. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1370699>.

²⁶ Commission Decision under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-3 /37.990-Intel). Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37990/37990_3581_18.pdf.

²⁷ Ibid, párrafos 920 a 1001.

²⁸ Ibid, párrafos 1002 a 1576. Para una revisión crítica de la decisión véase, Damien Geradin, The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm? *Journal of European Competition Law & Practice* (2010) 1 (2): 112-122.

²⁹ El caso se encuentra en apelación final ante la Corte Europea.

from obtaining their supplies from competing producers (Hoffmann-La Roche, paragraph 71 above, paragraph 90, and Case T-155/06 Tomra, paragraph 72 above, paragraph 210).³⁰

El Tribunal General descarta la necesidad de analizar las circunstancias específicas del caso y de demostrar en los hechos un efecto anticompetitivo,

80 *The Court would point out that, **contrary to the applicant's claim, the question whether an exclusivity rebate can be categorised as abusive does not depend on an analysis of the circumstances of the case aimed at establishing a potential foreclosure effect.***

81 *It follows from Hoffmann-La Roche, paragraph 71 above (paragraphs 89 and 90), that that type of rebate constitutes an abuse of a dominant position if there is no objective justification for granting it. **The Court of Justice did not require proof of a capacity to restrict competition depending on the circumstances of the case.**³¹*

Finalmente se reitera un criterio de ilicitud *per se* aplicable a esta conducta cuando la realiza una empresa dominante.

87 *It should moreover be noted that exclusivity rebates granted by an undertaking in a dominant position are **by their very nature** capable of foreclosing competitors. A financial advantage granted for the purpose of inducing a customer to obtain all or most of its requirements from the undertaking in a dominant position means that that customer has an incentive not to obtain, in respect of the part of its requirements concerned by the exclusivity condition, supplies from competitors of the undertaking in a dominant position.³²*

Al comentar sobre esta decisión, se ha sugerido que “*la sentencia aleja la aplicación del derecho de la competencia en Europa de la tendencia internacional que combina el análisis legal y económico con el fin de identificar de forma precisa aquellas prácticas que afectan de forma negativa a la competencia y a los consumidores.*”³³

En otras decisiones, el Tribunal Europeo ha determinado que los contratos de exclusividad tienen beneficios inherentes y, por tanto, no pueden considerarse ilícitos por su propio objeto.³⁴ El tratamiento de descuentos conducentes a exclusividad, por consistencia, debería ser similar. El efecto de un enfoque formalista es precisamente dar un tratamiento distinto a conductas que tienen efectos similares.³⁵

³⁰ Case T-286/09, Intel Corp. v European Commission Judgment of the General Court (Seventh Chamber, Extended Composition) Junio 12, 2014.

³¹ Ibid

³² Ibid

³³ Juan Delgado y Héctor Otero, 2014, *Jueces, Derecho de la Competencia y Economía*, Disponible en: <http://nadaesgratis.es/?p=38420>

³⁴ Case -234/89, Delimitis v Henninger (1991), párrafos 10 a 12.

³⁵ Para una interpretación fundamentalmente opuesta a la ofrecida en esta nota véase: Wils, Wouter P. J., *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic*

Si bien todavía es demasiado pronto para evaluar su impacto sobre la práctica europea, la decisión reciente de la Corte de Justicia de la Unión Europea en el caso *Groupement des cartes bancaires* podría imponer una revisión de la tendencia a decretar conductas como “ilícitas por objeto”, es decir por su propia naturaleza.³⁶

En efecto, la Corte determinó que “...el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» sólo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos.” El énfasis de la sentencia radica en establecer que se debe adoptar una interpretación restrictiva al considerar que una conducta es anticompetitiva por su objeto y que el hecho de que una conducta pueda potencialmente restringir la competencia no es suficiente para decretar su ilicitud por objeto. Con esta decisión, el formalismo estrecho que ha caracterizado a algunas decisiones europeas podría dar paso a un mayor énfasis en el estudio contextual de los efectos.

4. Esbozo de posibles principios generales en la evaluación de conductas unilaterales

El reto de la autoridad de competencia en la evaluación de los posibles riesgos de acuerdos verticales en la cadena de distribución y proveeduría es la aplicación consistente de un enfoque racional y auto contenido, orientado a proteger el bienestar del consumidor imponiendo para ello las restricciones mínimas necesarias para su consecución. Los desafíos que se enfrentan son bien conocidos: una identificación inapropiada de las fuerzas competitivas que imponen disciplina de precios sobre un participante conduciría a definir mercados demasiado estrechos –restringiendo las políticas comerciales de actores sin poder de mercado. Por otra parte, un formalismo ingenuo pretendería inferir los indicios suficientes para presumir una práctica monopólica relativa de la mera coincidencia entre conducta y poder sustancial, sin construir y validar una teoría factible y robusta del daño, sustituyendo esa teoría del daño por reglas *per se*, arbitrarias y ajenas al espíritu del derecho de la competencia. La Ley mexicana explícitamente descarta esta postura.

Construir una teoría factible y robusta del daño es importante no solamente para cumplir formalmente con lo dispuesto en la fracción III del artículo 54 de la Ley³⁷ sino para ofrecer al Agente Económico acusado una hipótesis concreta sobre el mecanismo específico a través del cual cierta estrategia comercial afecta las condiciones de competencia en el mercado –hipótesis concreta a la cual pueda responder y contraponer eficiencias acreditables. Evaluar de forma apropiada la idoneidad de compromisos al amparo del

Approach' to Abuse of Dominance (September 19, 2014). World Competition: Law and Economics Review, Vol. 37, No. 4, 2014. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=>

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), Asunto C-67/13 P. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157516&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=224361>.

³⁷ Requerimiento similar al contenido en el proemio del artículo 10 de la LFCE abrogada en Julio de 2014.

artículo 100 requiere también que la autoridad cuente con una teoría concreta del daño de manera que sea capaz de establecer las restricciones mínimas necesarias para eliminar, de manera efectiva, los riesgos potenciales.³⁸

Desarrollar una teoría factible y robusta del daño en materia de conducta unilateral requiere de un análisis económico sistemático y sofisticado de sus efectos y un balance prudente de riesgos y eficiencias en cada caso. A partir de esa experiencia se deben derivar principios transparentes y consistentes que orienten la actuación de los particulares.³⁹ No basta señalar riesgos genéricos de ventas atadas, exclusividades o descuentos por lealtad, incluso si son aplicados por una empresa con poder de mercado, se requiere precisar el impedimento que tales estrategias impondrían a un competidor tan eficiente como el incumbente y las condiciones concretas en que ese impedimento provocaría un daño.

Los precedentes mexicanos recientes, citados en esta nota, ilustran un enfoque de regulación de conductas unilaterales que se basa en efectos sobre bienestar –enfoque consistente con la lógica y el propósito de la Ley. Evaluar y ponderar los posibles efectos de exclusividades o de descuentos conducentes a exclusividades requiere considerar una variedad de factores que condicionan el balance de sus riesgos y beneficios en cada caso concreto. Entre estos factores destacan,

- La duración de los contratos y sus costos de terminación anticipada. En general, contratos de una duración no mayor a dos años y con condiciones razonables de salida se consideran menos propicios a generar riesgos anticompetitivos.⁴⁰ Al ponderar la duración de las exclusividades, resulta importante no circunscribirse solamente a la formalidad de un contrato sino a las posibilidades reales de rotación entre proveedores alternativos.
- El perfil de los compradores, la naturaleza del producto y el nivel en la cadena donde se pactan las exclusividades constituyen también factores relevantes en cuanto determinan las posibilidades y los incentivos de buscar mejores alternativas de compra.
- La fracción del canal de comercialización que queda “*cerrada*” o blindada a la competencia como resultado de las exclusividades resulta un factor determinante. La jurisprudencia norteamericana ha reconocido tradicionalmente que las exclusividades constituyen “*una restricción no razonable al comercio solamente cuando una proporción significativa de compradores o vendedores quedan congelados fuera del mercado*” por la conducta.⁴¹ Más que establecer un umbral arbitrario, la comparación

³⁸ Si bien la nueva Ley impide la presentación de compromisos luego de la emisión del Dictamen de Probable Responsabilidad, evaluar si determinado compromiso elimina posibles impedimentos a la competencia requiere evaluar riesgos potenciales y el alcance de los compromisos propuestos para acotarlos.

³⁹ Contar con lineamientos respecto de conductas unilaterales por parte de la autoridad resulta prioritario.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Posner (2001).

⁴¹ U.S. Supreme Court, *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984), 466 U.S. 2. “*Exclusive dealing is an unreasonable restraint on trade only when a significant fraction of buyers or sellers are frozen out of a market by the exclusive deal.*”

relevante es la cobertura de exclusividades frente a la escala óptima que requerirían competidores actuales y potenciales para operar eficientemente.

- En el caso de descuentos por exclusividad, resulta importante estimar si el precio marginal ofrecido por el incumbente resulta inferior a una medida apropiada de costo incremental.

Conclusión

Robert Bork postuló lo que debe considerarse el axioma fundamental del derecho de la competencia: “*Abandonar la teoría económica equivale a renunciar a la posibilidad de un derecho de la competencia racional.*” En el análisis de prácticas monopólicas relativas o en posibles condicionamientos por riesgos de estrategias verticales en concentraciones resulta indispensable un enfoque estricto que identifique con precisión el alcance de las fuerzas competitivas presentes en el mercado e identificar y acreditar daños concretos derivados de acuerdos verticales previo a cualquier sanción o restricción por parte de la autoridad.

Una aplicación mecanicista del derecho de la competencia, incapaz de detectar las fuerzas competitivas relevantes en el mercado o de configurar una hipótesis sólida del daño, elevará siempre el riesgo de traicionar el propósito de la Ley al no suprimir con eficacia estrategias anticompetitivas o al restringir indebidamente conductas procompetitivas y lícitas. El apego a la lógica económica-jurídica que anima al Capítulo III del Libro Segundo de la Ley, basado en un criterio de bienestar y en condiciones sustantivas que deben verificarse antes de presumir la ilicitud de un acuerdo vertical, constituye la mejor garantía de un derecho de la competencia racional, promotor efectivo del bienestar.