

## El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia

José Manuel Paredes Castañón

Universidad de Oviedo

**RESUMEN:** El artículo intenta elaborar una definición clara y suficiente precisa de la competencia como objeto de protección y de regulación a través del Derecho Penal económico. Para ello, se utilizan las herramientas propias del análisis económico, para dotar de un contenido material lo más concreto posible a dicho concepto, y se aplican dichas herramientas a un caso concreto: el de las restricciones verticales a la competencia. Se propone que, como regla general, aquello que el Derecho ha de proteger en estos casos es la maximización del bienestar social. Se estudian asimismo, no obstante, algunos casos especiales en los que dicha definición no resulta suficiente, proponiéndose para ellos criterios complementarios de definición, que atiendan a necesidades de justicia distributiva y de protección del sistema político frente a los monopolios.

**PALABRAS CLAVE:** Mercado. Competencia. Gobernanza económica. Derecho Penal económico. Delitos contra el mercado.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to elaborate a clear and precise definition of competition as an object of protection and regulation through economic crimes. For this purpose, the tools of economic analysis are used, in order to provide a substantial content, as concrete as possible, to this concept, and these tools are applied to a specific case: the vertical restrictions on competition. It is proposed that, as a general rule, what the law has to protect in these cases is the maximization of social welfare. However, some special cases are also studied in which this definition is not sufficient, proposing complementary criteria of definition, which meet the needs of distributive justice and protection of the political system against monopolies.

**KEY WORDS:** Market. Competition. Economic governance. Economic crimes. Competition and criminal law.

**SUMARIO:** 1. Introducción: la “competencia” como bien jurídico supraindividual socioeconómico. 2. Gobernanza de los mercados y política jurídica. 3. Las interacciones competitivas entre empresas: características. 4. Control de los outputs de los mercados. 5. “Competencia” como concepto normativo. 6. Gobernanza de los mercados y maximización del bienestar social. 6.1. Concepto económico de bienestar social. 6.2. Restricciones verticales a la competencia y bienestar social. 6.2.1. Concepto y fenomenología de las restricciones verticales a la competencia. 6.2.2. Teoría I: la restricción vertical de la competencia no afecta al bienestar social. 6.2.3. Teoría II: la restricción vertical de la competencia puede afectar al bienestar social. 6.2.4. Efecto de exclusión. 6.2.5. Efecto de colusión. 7. Otros objetivos de la gobernanza de los mercados. 7.1. Perjuicio a los competidores. 7.1.1. Reducción del excedente de los competidores. 7.1.2. Daño patrimonial al competidor. 7.1.3. Política industrial: protección de la diversidad empresarial. 7.2. Excedente del consumidor. 7.3. ¿“Competencia desleal”?

## 1. Introducción: la “competencia” como bien jurídico supraindividual socioeconómico

Como es sabido, la cuestión de la determinación del contenido de los bienes jurídicos supraindividuales es una de las más discutidas y confusas de cuantas forman parte de la teoría de la antijuridicidad: en relación con la misma, en efecto, cabe encontrar opiniones de toda índole, desde la negación del concepto mismo de bien jurídico supraindividual como categoría conceptualmente autónoma hasta (mucho más frecuentemente) quienes reconocen que dichos bienes han de tener un contenido material propio, pero que luego hacen unas propuestas de definición de dicho contenido que, por su formulación extremadamente vaga o funcional, apenas resuelven realmente la cuestión. A este respecto, en un trabajo anterior he propuesto no solo preservar la sustantividad propia de los bienes jurídicos supraindividuales como objeto de protección de las normas prohibitivas y sancionadoras (siguiendo en ello la doctrina que es ampliamente mayoritaria); sino, sobre todo, definir su contenido de lesividad propio en términos claros, materializados en estados de cosas (valiosos), cuya incolumidad intentarían preservar las prohibiciones y sanciones<sup>1</sup>.

Uno de los ámbitos en los que el problema de confusión y de vaguedad que estoy señalando aparece en toda su magnitud es, precisamente, el del Derecho Penal económico: en este sector, no es fácil hallar definiciones precisas del contenido material de los bienes jurídicos supraindividuales que se reputan parte del “orden socioeconómico”. Y, por ello, tampoco es fácil encontrar tesis claras acerca de la relación entre dicho “orden socioeconómico” y el bien jurídico (individual) patrimonio, a pesar de que evidentemente entre este y aquellos existen cotidianamente, en la realidad de la vida económica, constantes interrelaciones e interacciones (que dan lugar a las consiguientes superposiciones y concurrencias entre delitos patrimoniales y socioeconómicos)<sup>2</sup>.

En lo que sigue, se intentará reducir o eliminar la dificultad que se acaba de señalar en un ámbito muy concreto: el de la protección de “los mercados” y de “la competencia”, como objetos de protección de infracciones administrativas y de delitos socioeconómicos<sup>3</sup>. Se intentará, pues, hacer una propuesta de definición clara y especificada en términos lo más materialistas posibles del contenido que ha de darse a dichos objetos de protección. Una propuesta que, además, se justifique suficientemente desde el punto de vista de una política criminal racional: justificada tanto desde un punto de vista moral como desde el meramente instrumental.

No obstante, con el fin de no argumentar en unos términos que parezcan excesivamente abstractos, he optado por analizar un problema (político-criminal) concreto como piedra de toque, para comprobar si la propuesta de definición de bienes jurídicos que se realiza resulta plausible, al aplicarla a dicho problema. Por ello, concentraré el análisis en el problema del tratamiento jurídico de las restricciones verticales a la competencia, como manifestación del problema más general de la regulación de los mercados y de la competencia dentro de los mismos<sup>4</sup>.

El objetivo último es proponer una definición tan concreta y materialista del bien jurídico protegido como sea posible. Todo ello, con el fin de facilitar tanto las operaciones de interpretación de las cláusulas generales contenidas ya hoy en el Derecho positivo (tanto español como comunitario europeo)<sup>5</sup>, proporcionando criterios valorativos y teleológicos fundados para justificar ciertas interpretaciones y excluir otras; como, de otra parte, sugerir líneas de evolución y de reforma de la legislación, que respeten las bases que se propondrán de una política jurídica razonable en la materia.

ploradas, vid., por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN, 2016, pp.77 ss., con ulteriores referencias.

<sup>3</sup> Pero, como veremos, no solo de delitos socioeconómicos, sino también, en algún caso, patrimoniales: vid. infra 7.1

<sup>4</sup> Por supuesto, la esperanza es que el método de análisis que se propone para este grupo de casos pueda luego ser generalizado: cuando menos, a todos los problemas de regulación que tienen que ver con la competencia y con la configuración de los mercados como objetos de protección; y, en el mejor de los casos, a otros sectores del Derecho Penal económico.

<sup>5</sup> Cláusulas como, por ejemplo, la de las “prácticas concertadas” entre empresas (art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), o la del “abuso de posición dominante” (art. 102), y su desarrollo en la normativa de rango inferior (vid., para el caso de las restricciones verticales a la competencia, Araujo, 2017).

<sup>1</sup> PAREDES CASTAÑÓN, 2013, pp. 226-229, 232-235. La única diferencia, pues, con los bienes jurídicos individuales estribaría en la titularidad: los supraindividuales resultarían ser bienes públicos, en el sentido económico del término, por cuanto que su disfrute no es rival y no resulta posible excluir a nadie de dicho disfrute; debido a ello, ningún individuo ni grupo podrá por sí solo consentir en su lesión o puesta en peligro, sino únicamente la comunidad en su conjunto (a través de normas jurídicas, o de decisiones administrativas adoptadas en el marco de aquellas).

<sup>2</sup> Sobre todas estas cuestiones generales, que aquí no serán ex-

## 2. Gobernanza de los mercados y política jurídica

Pues el problema último es, en efecto, justamente el de la gobernanza de los mercados, de cada mercado. Es importante no perder la perspectiva: dada la naturaleza del Derecho regulador (y de su apéndice, el Derecho –prohibitivo y– sancionador), aquello que constituye el objeto de las prescripciones contenidas en las normas jurídicas que lo componen es en todos los casos una conducta o conjunto de conductas, individuales o grupales, respecto de las que se imponen estándares de comportamiento y/o se prescriben deberes y prohibiciones de acción<sup>6</sup>. No obstante, el objetivo último del Derecho regulador (y del sancionador que le acompaña) es siempre –si está diseñado de un modo racional– de índole sistémica: (contribuir a) gobernar un sector de la vida social, de la interacción social. Así, el Derecho regulador y el Derecho sancionador son instrumentos que, junto con otros, permiten intentar gobernar las interacciones sociales que tienen lugar en los mercados. Y, por ello, para determinar cuáles son los objetivos justificados de las regulaciones, prohibiciones y sanciones jurídicas que componen dichos sectores del ordenamiento, es preciso hacer referencia a los objetivos globales de la gobernanza: en este caso, de los mercados. Pues carecería de sentido (= daría lugar a normas caren-

<sup>6</sup> Aunque, por supuesto, toda delimitación conceptual tiene siempre un punto de artificiosa y de convencional, creo que es posible y conveniente distinguir entre dos clases de acciones de gobernanza sobre las interacciones sociales mediante el uso del Derecho público (sobre el uso de los remedios propios del Derecho privado, vid. infra 7.1). De una parte, la *regulación de interacciones sociales* (aquí, económicas) a través de normas jurídicas tiende a fijar estándares de conducta para quienes decidan interactuar en un cierto ámbito de actividad y de vida social: en este caso, el control sobre los efectos causales de la interacción social pretende tener lugar a través del intento de, mediante prescripciones, establecer niveles mínimos de optimización en la actuación de los agentes que participan en la interacción (OGUS, 2004, pp. 150-213; SCOTT, 2010; WINDHOLZ, 2018, pp. 153-160). De otra parte, en cambio, la prohibición de ciertas interacciones sociales (y la sanción a quienes infrinjan dicha prohibición) intenta evitar que ciertas modalidades, particularmente subóptimas (dañosas), de interacción social tengan lugar siquiera. Por supuesto, una y otra forma de intervención del Derecho en la vida social están hoy íntimamente relacionadas, pues, en sociedades desarrolladas, en las que buena parte de la vida social está en mayor o menor medida regulada (YEUNG, 2010), las prohibiciones y sanciones actúan básicamente como herramientas para hacer respetar (*to enforce*) las regulaciones: intentando motivar a los agentes a que respeten los estándares regulatorios; y a que determinadas conductas, claramente alejadas de dichos estándares de calidad, no tengan lugar en las interacciones (WINDHOLZ, 2018, pp. 170-172). Pese a todo, es cierto que la técnica de intervención es diferente en un caso y en el otro.

tes de justificación político-jurídica) un conjunto de normas jurídicas guiadas por objetivos que resultasen diferentes de aquellos que deben orientar el conjunto de la estrategia de gobernanza de la interacción social de que se trate (aquí, de la gobernanza de las interacciones en los mercados).

El significado del término “*gobernar*” está estrechamente conectado con el de términos tales como “*dirigir*”, “*liderar*” o “*guiar*”. Y, sin embargo, estos tres términos pueden –dependiendo del uso que se les dé– poseer connotaciones ligeramente diferentes de la que el término “*gobernar*” conlleva siempre (cuando es usado con propiedad): en efecto, “*gobernar*” es siempre “*controlar*”<sup>7</sup>.

“*Controlar*” y “*control*” son términos que, en su uso propio, pertenecen al lenguaje de la ciencia matemática<sup>8</sup>: a aquella parte de la matemática aplicada que tiene por objeto la manipulación, mediante la introducción de las señales que resulten necesarias, de la magnitud de una determinada variable propia de un proceso que tiene lugar dentro de un cierto sistema dinámico, con el fin de mantenerla dentro de ciertos límites<sup>9</sup>. Los marcadores semánticos principales que permiten acotar el significado del término “*controlar*” son, pues: (*sistema*), (*proceso*), (*variable controlada*), (*magnitud*), (*medición de la variable*), (*señal*), (*manipulación de la variable*) y (*límite*).

Cabría, pues, decir que gobernar es una subespecie de la actividad de controlar: más exactamente, que gobernar (aunque ciertamente hablar de “*gobernar una máquina*” –un buque, por ejemplo– no sea un uso incorrecto del idioma) resulta más usual emplear el término para hacer referencia a) controlar una cierta clase de sistema dinámico, a saber, un sistema de naturaleza social; es decir, un sistema cuyos procesos dinámicos consisten en acciones humanas, observadas por los propios agentes y por terceros<sup>10</sup>. Así,

<sup>7</sup> En cambio, “*dirigir*”, “*liderar*” o “*guiar*” ciertamente pueden significar también eso mismo... pero pueden, en otros contextos, significar algo bastante menos terminante: cuando son empleados en situaciones o con intenciones que los aproximan más al campo semántico de términos como “*tener autoridad*” o “*tener influencia*”, en vez de “*ejercer el control*”.

<sup>8</sup> ZABCZYK, 1995.

<sup>9</sup> OGATA, 2010, p. 3.

<sup>10</sup> Como se comprenderá, la caracterización del sistema social sobre la base de la combinación de acciones humanas y de la observación –e interpretación– de las mismas por parte del propio agente y del resto de los sujetos copresentes no es más que un intento (un tanto simplista, ciertamente) de hacer referencia a los conceptos de sistema social que Talcott Parsons (PARSONS, 1999) y Niklas Luh-

gobernar una sociedad o una parte de ella significa mantener dentro de ciertos límites (bajo control), gracias a las actuaciones apropiadas, alguna o algunas de las propiedades que caracterizan a las consecuencias causales que se derivan de aquellas acciones humanas que tienen lugar en la misma (o de la reacción de terceros ante dichas acciones)<sup>11</sup>.

Cabe observar que casi necesariamente (en última instancia, por una necesidad biológica del psiquismo de la especie humana) cualquier sistema artificial—trátese de una máquina o de un sistema social— ha de ser sometido a control, puesto que nuestra especie apenas puede soportar la incertidumbre que le acomete si las consecuencias causales derivadas de la dinámica del sistema (especialmente, si el sistema es obra suya o de sus congéneres) se producen de manera puramente aleatoria. Esta preocupación por el control (por el gobierno) de la sociedad, que aparece ya en cuanto surgen las primeras sociedades mínimamente complejas<sup>12</sup>, no ha hecho más que agudizarse en el trascurso del proceso de racionalización y de desencantamiento del mundo característico de la modernidad. Hasta el punto de que hoy nos encontramos permanentemente inmersos en una auténtica cultura de la gobernanza, en la que, en el plano teórico, se han desarrollado de manera notable las investigaciones acerca de las alternativas disponibles y de las consecuencias previsibles de la actuación humana dirigida a controlar sistemas sociales y, en el plano práctico, se discute y decide constantemente sobre cómo debe ser dicha actividad de gobierno<sup>13</sup>.

Es en este contexto histórico-social en el que hay que enmarcar el problema que se aborda en este estudio: el de la *gobernanza de las interacciones competitivas (por el poder de mercado y, en último extremo, por el beneficio económico que de ello se deriva) entre agentes económicos (muy mayoritariamente, empresas) en los mercados de las economías capitalistas contemporáneas, y el del papel que en dicha gobernanza cumplen el Derecho regulador y el De-*

*recho sancionador*. Problema que, como ya se indicó, se examinará no solo en sus términos generales, sino principalmente seleccionando una de sus específicas manifestaciones como piedra de toque: el caso —conjunto de casos, en realidad— de las *restricciones verticales a la competencia*.

En concreto, lo que en el trabajo se intenta es definir con precisión cuáles son esas magnitudes de la interacción social que, en el ámbito de las interacciones de mercado, deben ser mantenidas bajo control mediante acciones de gobierno (y, entre otras, mediante regulaciones, prohibiciones y sanciones jurídicas), si es que el resultado (*output*) de los mercados ha de satisfacer las necesidades sociales y no, en cambio, oponer obstáculos a dicha satisfacción. Ello, con el fin último de establecer de forma clara y suficientemente justificada las bases de una política jurídica (regulatoria y sancionadora) racional en dicho ámbito.

### 3. Las interacciones competitivas entre empresas: características

Esta forma de acotar el objeto de la investigación resulta relevante, por varias razones:

1ª) Se van a estudiar mercados. Un mercado (en el sentido sociológico, no geográfico) es una estructura de interacción social cuya función es el intercambio de derechos sobre objetos dotados de valor económico<sup>14</sup>, a través de la competencia entre los oferentes del derecho por que su oferta sea aceptada por los demandantes del mismo<sup>15</sup> (proceso en el cual un precio para el intercambio acaba por ser fijado). Lo que acontece en un mercado son, pues, interacciones sociales: individuos, grupos y/u organizaciones ofrecen derechos, compitiendo entre sí, por ser aceptados por otros individuos, grupos y/u organizaciones que pretenden adquirir tales derechos. Y, como en toda interacción social, importan tanto las posibilidades materiales de acción como las intenciones y acciones de los agentes intervinientes como, en fin, las expectativas de todos ellos (y, a veces, también de los terceros observadores) acerca de qué puede ocurrir, qué va a ocurrir y qué debería ocurrir.<sup>16</sup>

2ª) Las interacciones de mercado sobre las que principalmente voy a concentrar mi atención esta-

mann (LUHMANN, 1998) han desarrollado. Espero que se me excusará el simplismo por el hecho de que aquí no nos interesa tanto la caracterización descriptiva de la sociedad como un todo cuanto ciertos rasgos específicos del subsector estudiado (mercados con competencia monopolista entre empresas), a los que luego se hará referencia más detallada, así como las alternativas de actuación política sobre dicha realidad social disponibles.

<sup>11</sup> KOOLMAN, 1993, p. 2.

<sup>12</sup> MANN, 1991, pp. 59 ss.

<sup>13</sup> DELEON, 2006.

<sup>14</sup> ASPERS, 2011, p. 4.

<sup>15</sup> Sobre la dinámica micro-social de la competencia en los mercados, vid. BURT, 1995, pp. 8 ss..

<sup>16</sup> ARCHER, 1995, pp. 163 ss.

rán protagonizadas por una categoría específica de agentes económicos: las empresas. Se trata de organizaciones (aunque con un grado de complejidad que puede ser muy diferente de unas a otras) cuya función consiste en maximizar la rentabilidad económica<sup>17</sup> de aquellas actividades de producción y comercialización de (derechos sobre) bienes y/o servicios que incorpora a su misión organizativa<sup>18</sup>. Esta restricción del estudio a las interacciones entre empresas resulta particularmente importante, pues en este ámbito los agentes (organizaciones) actúan de manera predominantemente premeditada y racional, a la búsqueda de la maximización de su utilidad (de la rentabilidad económica de su actividad organizativa). Algo que, desde luego, no ocurre (o, para ser más precisos, ocurre en una medida muchísimo menor) en otros ámbitos de interacción social, en los que bien las conductas automatizadas (ejemplo: conducción de un automóvil) o bien las conductas emocionalmente muy cargadas (ejemplos: relaciones sexuales o actuaciones violentas) son muy habituales<sup>19</sup>. De hecho, incluso en el ámbito de las interacciones con contenido económico, el comportamiento de otros agentes distintos de las empresas (de los consumidores finales, por ejemplo) suele distar de ser siempre y en todo los casos tendente a maximizar la utilidad propia<sup>20</sup>.

Desde nuestro punto de vista, esta naturaleza máximamente racional –hasta el límite de lo humanamente

posible<sup>21</sup>– de las actuaciones de las empresas en sus interacciones con otras empresas resulta interesante, porque hace posible esperar que las conductas de los agentes se atengan en general a los principios del comportamiento instrumentalmente racional, de manera que el análisis de las situaciones de interacción, de las estrategias de acción que en ellas son posibles (y resultan dominantes o dominadas) para cada uno de los intervinientes y, en definitiva, de la estructura de incentivos en cuyo marco adoptan sus decisiones competitivas permitirá explicar en buena medida los comportamientos. Y, por ende, también ofrecerá luz sobre las alternativas de actuaciones de gobernanza que resultan posibles, eficaces y eficientes en dichas situaciones.

3ª) En tanto que estructura social, los mercados pueden ser caracterizados en principio como juegos no cooperativos: esto es, como unas estructuras en las que las interacciones entre los agentes económicos (empresas) no se rigen por acuerdos vinculantes entre los mismos, sino por actuaciones individuales de cada uno de los agentes, en virtud de las que cada uno de ellos pretende maximizar su propia utilidad<sup>22</sup>, aunque no necesariamente siempre en detrimento de los demás agentes concurrentes<sup>23</sup>. Ahora bien, es impor-

<sup>17</sup> En efecto, el principio de maximización de la rentabilidad parece ser, en una economía capitalista, constitutivo de toda empresa digna de tal nombre: TIROLE, 1988, pp. 34-35.

<sup>18</sup> TOBERT/ HALL, 2009, pp. 187-190. Las razones por las que una empresa decide incorporar a su misión organizativa ciertas actividades económicas y no otras es objeto de estudio en la teoría de la empresa: vid., por todos, TIROLE, 1988, pp. 17 ss., con ulteriores referencias.

<sup>19</sup> Hay que distinguir dos cuestiones. De una parte, la tipología de las estructuras sociales de interacción, que enmarcan los límites de las alternativas de acción que resultan físicamente posibles, o (culturalmente) aceptables, en un determinada situación. En este sentido, las estructuras de interacción de mercado, en las que los agentes se comunican a través del intercambio de mercancías y de dinero (vid. LUHMANN, 1988, pp. 43 ss.), no es más que una de las varias clases de estructuras sociales que existen: vid. FISKE, 1991, pp. 41 ss. Cuestión diferente es, de otra parte, la de las clases de acciones (de interacción), desde el punto de vista de sus rasgos psicológicos, que en cada una de esas estructuras sociales tienen lugar: vid. KELLEY/ HOLMES/ KERR/ REIS/ RUSBULT/ VAN LANGE, 2003, pp. 111 ss. Obviamente, aunque en cada clase de estructura social de interacción tienden a predominar ciertas clases (desde el punto de vista psicológico) de acciones, la correlación nunca es más que aproximada, probabilística.

<sup>20</sup> KOOPER/ KAGEL, 2015, pp. 222-235.

<sup>21</sup> Pues, pese a todo, es cierto que la distinción entre unas y otras clases de interacciones es tan solo de grado (aunque bastante intensa), pues también en el ámbito de las interacciones empresariales existen las conductas automatizadas (ejemplo: decisiones de inversión adoptadas conforme a protocolos preestablecidos) o emocionalmente cargadas (ejemplo: decisiones adoptadas sobre la base de rivalidades personales entre empleados o entre competidores). Y, en general, los estudios de economía experimental han puesto de manifiesto cómo la racionalidad con la que actúan los agentes económicos es siempre limitada: CAMERER, 1995, pp. 590 ss.

<sup>22</sup> MESTERTON-GIBBONS, 2001, pp. 6, 25 ss.; MAZALOV, 2014, pp. 64-65, 68-69. No obstante, como señalaré a continuación, esta caracterización solamente sería perfectamente adecuada para un mercado en el que los oferentes fuesen precio-aceptantes; esto es, para un mercado de competencia perfecta (KATZ/ ROSEN/ MORGAN, 2006, pp. 362-363). En cambio, en los mercados realmente existentes en las economías capitalistas contemporáneas (que en general distan de ser mercados de competencia perfecta), las interacciones que se producen, aunque en general es cierto que obedecen a la estructura de juegos no cooperativos, pueden en ocasiones, sin embargo, verse acompañadas de coaliciones o acuerdos cooperativos. (Por lo demás, como MESTERTON-GIBBONS, 2001, p. xxi, señala, la propia distinción en abstracto entre juegos cooperativos y juegos no cooperativos es más una distinción de grados que de especie.)

<sup>23</sup> Pues, efectivamente, no es necesario que la competencia sea un juego de suma cero, en el que las ganancias de unos agentes hayan de corresponderse con pérdidas de los restantes (MAZALOV, 2014, p. 28): así, por ejemplo, puede suceder que las copiosas ventas de su producto por parte de una de las empresas tenga un efecto publicitario que conduzca a más consumidores a intentar comprar

tante tener en cuenta que, como antes se señaló, los agentes a los que nos estamos refiriendo son organizaciones, no individuos. Debido a ello, dos problemas pueden surgir. El primero, es que no resulta necesario (ante al contrario, de hecho es más bien improbable) que todos los individuos implicados en el liderazgo de la organización<sup>24</sup> persigan (la maximización de) las mismas utilidades. En este sentido, parece existir evidencia suficiente (tanto evidencia empírica como procedente del análisis formal) como para poder afirmar que diferentes clases de (co)propietarios de la empresa (en atención a su grado de aversión al riesgo y de otros intereses económicos que puedan tener en ese mercado)<sup>25</sup> y, desde luego, los directores de empresa que no son propietarios de la misma –algo muy frecuente– probablemente tiendan a maximizar, mediante la actuación empresarial, utilidades diferentes<sup>26</sup>. El segundo es que, como ocurre habitualmente en toda organización, la cultura organizativa<sup>27</sup> puede dar lugar (y, según parece, así sucede de forma habitual) a que la conducta empresarial se guíe por reglas de conducta no fundadas –cuando menos, no directamente– en consideraciones de maximización de la racionalidad instrumental, sino más bien en prácticas tradicionales (cómo la empresa ha venido actuando siempre en ese ámbito, si ha habido buenos resultados) y de innovación mediante prueba y error (construir nuevas reglas a partir de las preexistentes, modificándolas en la medida mínima imprescindible)<sup>28</sup>.

A pesar de ello, también es cierto que existen mecanismos internos de (auto)control<sup>29</sup> y constricciones externas (en esencia, la necesidad de no ser expulsados del mercado)<sup>30</sup> que parecen forzar en la mayo-

productos de la misma clase (más o menos perfectamente sustitutos del primero), beneficiándose así a todos los oferentes presentes en el mercado. De cualquier modo, para que podamos seguir hablando de competencia, debe tratarse de un efecto no intencional de actuaciones individuales de agentes, no de la consecuencia de un acuerdo entre ellos.

<sup>24</sup> TOLBERT/ HALL, 2009, pp. 89 ss.

<sup>25</sup> TIROLE, 1988, p. 35, n. 61.

<sup>26</sup> SCHERER, 1980, pp. 32-37. Surge, así, un problema específico de incentivos, de riesgo moral y de selección adversa (el problema principal-agente), que aquí no será examinado: cfr., no obstante, en general, LAFFONT/ MARTIMORT, 2002; y, para un análisis más matizado del problema de incentivos que surge en situaciones de agencia en el seno de las empresas, dependiendo de las diferentes clases de estructura organizativa que estas puedan adoptar, FAMA/ JENSEN, 1983.

<sup>27</sup> TOLBERT/ HALL, 2009, p. 73.

<sup>28</sup> WINTER, 1971, pp. 240-244.

<sup>29</sup> TIROLE, 1988, pp. 35-41.

<sup>30</sup> WINTER, 1971, pp. 244 ss.; SCHERER, 1980, pp. 37-41.

ría de los casos<sup>31</sup> a las empresas, si no a optimizar la rentabilidad de su actividad en sentido estricto (en sentido matemáticamente estricto)<sup>32</sup>, sí cuando menos a aproximarse en buena medida a dicha optimización a medio plazo. Aumentando, pues, en el medio plazo, al máximo los beneficios y reduciendo también lo máximo los costes de la actividad<sup>33</sup>.

4<sup>a</sup>) Son varias las formas en las que una empresa puede aumentar su rentabilidad. En condiciones de competencia perfecta, la única alternativa disponible parece ser la de asignar de manera óptima los factores de producción, incrementando hasta el límite de lo posible la productividad de los mismos, y determinando la cuantía óptima de la producción<sup>34</sup>.

Ocurre, empero, que obviamente hoy son muy numerosos (y justamente sobre ellos concentraré mi atención, pues son los casos que resultan más relevantes desde el punto de vista del Derecho de la competencia) los mercados cuyas características se alejan considerablemente de las condiciones de competencia perfecta y más bien se aproximan a una situación de competencia monopolística: a una situación en la que aunque varias empresas compiten entre sí y en principio existe libertad de entrada en el mercado para nuevos oferentes, sin embargo, cada una de las empresas tiene cierta capacidad (que, sin duda, puede variar en grado) para fijar el precio del producto que ofrece en el mercado, debido a que cada uno de esos productos es, respecto de los restantes, únicamente un bien sustitutivo imperfecto, por lo que de hecho cada oferente actúa como monopolista sobre dicho producto, fijando su precio... aunque –a diferencia de los mercados completamente monopolizados– corriendo el riesgo de que el demandante prefiera a cualquiera de sus competidores y sus productos (imperfectamente) sustitutos del suyo o de que nuevas empresas entren en el mercado, quitándole clientes y beneficios.<sup>35</sup> En estas condiciones, la competencia por maximizar la rentabilidad puede transformarse en (volverse

<sup>31</sup> HART, 1983, especifica cuáles son esos casos: aquellos en los que los costes de producción de las diferentes empresas que compiten en un mismo mercado no son completamente independientes entre sí, sino que poseen al menos una parte común. Una condición que, aunque no siempre, sí que parece plausible que concurra en buena parte de las situaciones que estudiamos.

<sup>32</sup> SUNDARAM, 1996, pp. 74 ss.

<sup>33</sup> TIROLE, 1988, pp. 34-35. Sobre los métodos para determinar la rentabilidad máxima posible, vid. PERLOFF, 2018, pp. 278-280.

<sup>34</sup> PERLOFF, 2018, pp. 280 ss.

<sup>35</sup> KATZ/ ROSEN/ MORGAN, 2006, pp. 507-510.

aproximadamente equivalente a) una competencia por maximizar el poder de mercado.

En efecto, cuando menos en el corto plazo, en un mercado de competencia monopolística, si existe un número suficientemente pequeño de oferentes y los bienes que cada uno de estos ofrece no son perfectamente sustitutivos los unos de los otros, cada una de las empresas oferentes puede en principio disponer del poder de fijar para su producto precios por encima del coste marginal (puesto que la demanda resultará poco elástica, de manera que el incremento de precios no reducirá necesariamente la cuantía demandada del producto), aumentando así extraordinariamente su rentabilidad<sup>36</sup>. Aunque, por supuesto, a medio plazo dicho poder de mercado puede verse amenazado por la reacción de las demás empresas oferentes y por la eventual entrada de nuevas empresas<sup>37</sup>. De cualquier forma, lo que aquí nos interesa es el hecho de que muchas veces, en condiciones de competencia monopolística, la competencia entre empresas no tiene por qué reflejarse —o no solo— en competencia por la productividad y la eficiencia, sino en competencia por aumentar el propio poder de mercado. Y que esta competencia por el poder de mercado puede conducir a diversas formas de comportamiento estratégico<sup>38</sup> (frente a los competidores, frente a otras empresas que participan en la cadena

de producción y comercialización y/o frente a los consumidores finales) que resultan relevantes desde la perspectiva de la gobernanza de los mercados<sup>39</sup>.

5ª) La idea de que los mercados —y las interacciones que en ellos tienen lugar— puedan y deban ser gobernados, de que ciertas consecuencias causales de dichas interacciones deban ser sometidas a control y manipuladas desde fuera, es eminentemente contemporánea. En efecto, un somero repaso a la historia del pensamiento económico permite concluir dos cosas. Primero, que a la largo de la mayor parte de la historia de la cultura escrita, la actividad económica fue concebida como una actividad “natural” de las sociedades humanas, que apenas demandaba estudio, y mucho menos intervención, por parte del poder, que en general era y debía ser completamente ajeno a los procesos económicos, salvo para acotar alguna consecuencia particularmente acuciante de los mismos —pobreza, usura, etc.<sup>40</sup> Y, en segundo lugar, que incluso a partir del momento en el que estudio de la actividad económica comienza a cobrar un cariz científico (a partir del siglo XVIII y, sobre todo, del siglo XIX) y se empiezan a conocer sus dinámicas casuales internas, pese a ello, la idea de una intervención sistemática de los poderes sociales para controlar los efectos de dicha actividad siguió resultando (más allá, otra vez, de ciertas circunstancias extremas: hambrunas, etc.) entre exótica y antinatural<sup>41</sup>. O, para expresarlo con mayor precisión: ya en tiempos modernos se admitía que en ocasiones el poder tendría, inevitablemente, que intervenir en el ámbito de la actividad

<sup>36</sup> PERLOFF, 2018, pp. 397-399.

<sup>37</sup> KATZ/ROSEN/MORGAN, 2006, pp. 510-516.

<sup>38</sup> Un comportamiento estratégico es aquel que parte del hecho de que (dada la estructura de la interacción) los resultados de la propia acción dependen en buena medida de las acciones que lleven a cabo otros individuos y lo toma en consideración a la hora de adoptar decisiones acerca de cómo actuar: MESTERTON-GIBBONS, 2001, pp. xvii. (Vid. una definición más formal en JEHL/RENY, 2011, pp. 307-308.) Por supuesto, de hecho la interdependencia entre las acciones de agentes que interactúan es más la regla que la excepción en cualquier ámbito de la sociedad. Sin embargo, ocurre que en determinadas circunstancias (por ejemplo, en el ámbito económico, cuando se dan condiciones de competencia perfecta, en las que demandantes y oferentes son precio-aceptantes) la falta de información o la ausencia de posibilidades reales de influir efectivamente sobre el comportamiento de los demás lleva a los agentes a decidir sus acciones teniendo en cuenta el medio social en el que actúan (la curva de demanda del mercado), pero no las posibles acciones de cada individuo (de cada demandante o de cada competidor, individualmente considerados). En cambio, en otras situaciones resulta racional que cada agente económico —o, cuando menos, algunas categorías de agentes— tome decisiones teniendo en cuenta las probables actuaciones de los restantes. Precisamente, esto es lo que ocurre en condiciones de competencia monopolística, porque en tal situación las empresas ya no son precio-aceptantes, porque muchas veces poseen cierta posición de monopolio, y poder de mercado, porque es frecuente que el número de agentes económicos que interactúan sea más reducido, etc.

<sup>39</sup> Como se verá más adelante, no necesariamente cualquier forma de poder de mercado en manos de una empresa tiene por qué resultar preocupante desde el punto de vista del Derecho de la competencia: así, una cuestión es el hecho de que en condiciones de competencia monopolística las empresas luchan por incrementar su poder de mercado y otra muy diferente es la valoración que ello merezca desde el punto de vista de la gobernanza del mercado (TIROLE, 1988, p. 284; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 2016, pp. 106-107).

<sup>40</sup> EKELUND/HÉBERT, 2014, pp. 9 ss. (especialmente el tratamiento, en las pp. 29-31, 33-35, de la discusión medieval sobre el “*iustum pretium*” y sobre el tratamiento de la usura).

<sup>41</sup> Una (relativa) excepción a esta generalización la constituye el pensamiento económico mercantilista. No obstante, lo cierto es que en el mismo existió un notorio hiato entre las ambiciosas pretensiones de que el reino tuviese una política económica (centrada en las necesidades de financiación de la fortaleza política del estado) y la realidad de una economía real que operaba prácticamente sin gobierno (sometida únicamente a las presiones procedentes de la búsqueda por parte de muchos agentes económicos de rentas mediante la obtención de regulaciones estatales que les resultasen favorables: EKELUND/HÉBERT, 2014, pp. 47 ss.

económica<sup>42</sup>; pero lo que de ningún modo se aceptaba es que pudiera o debiera existir una supervisión constante sobre el producto de dicha actividad, para mantenerlo en todo momento bajo control (gobernado).

No obstante, el desarrollo (a lo largo del siglo XIX, pero sobre todo en el siglo XX) de la idea de “gubernamentalidad” (“gouvernementalité”), como praxis de la dirección racional, desde el poder, de las conductas humanas realizadas en el seno de la sociedad<sup>43</sup>, produce también en el ámbito del pensamiento económico el desenvolvimiento de la idea de que las actividades económicas pueden y deben ser gobernadas. Idea que comienza a desarrollarse a partir del nacimiento de la economía del bienestar y –precisamente– del análisis de las “imperfecciones de la competencia” y que llega a su culminación en las diferentes variedades de keynesianismo que predominan en el pensamiento económico desde los años 30 del pasado siglo.<sup>44</sup>

En concreto, por lo que hace a las interacciones competitivas, lo cierto es que la historia de la intervención estatal para intentar regularlas y gobernarlas se remonta más atrás (la práctica en este ámbito llegó –fruto de crisis políticas y económicas que resultaban insoslayables– antes que la teoría), a los Estados Unidos posteriores a la guerra civil<sup>45</sup>. Si bien la sistematización y generalización de estos intentos de regulación y de gobernanza tendrán que esperar igualmente al desarrollo de la teoría de las imperfecciones de la competencia y de la economía del bienestar<sup>46</sup>... y, ya mucho más recientemente (como resultado combinado de la praxis de las reformas neoliberales de las políticas económicas<sup>47</sup> y del paralelo desarrollo teó-

rico de la teoría económica neoinstitucionalista)<sup>48</sup> al desarrollo de la teoría económica de la regulación<sup>49</sup>.

En la actualidad, parece que la necesidad y justificación de la adopción de medidas regulatorias y de gobernanza de los mercados, y de las interacciones competitivas dentro de los mismos apenas admite discusión.<sup>50</sup>

#### 4. Control de los outputs de los mercados

Si todo esto es así, hay que preguntarse cuál o cuáles deben ser los objetivos de la gobernanza de los mercados. Por supuesto, cualquier estrategia contemporánea que pretenda atender a todas las necesidades de gobernanza que tienen que ver con la actividad de los mercados ha de tomar en consideración una gran cantidad de objetivos diferentes, pues también muy variados son los valores, derechos y objetivos de políticas públicas que los sistemas políticos contemporáneos vienen a aceptar y promover: desde la salud de todas las personas hasta el medio ambiente, desde la prevención de la violencia hasta la igualdad de género, etc., son todos ellos objetivos que pueden y deben enmarcar una estrategia de gobernanza de los mercados, en la medida en que estos constituyen hoy, en todas las sociedades desarrolladas, uno de los tipos de estructura de interacción social más importantes. Debido a ello, tanto las estrategias de gobernanza, las políticas públicas y las regulaciones realmente existentes (estatales, supraestatales e infraestatales) de la

<sup>42</sup> Vid., por ejemplo, la posición de Adam Smith al respecto (SAN EMETERIO MARTÍN, 2003, pp. 126-127), muy ilustrativa de la opinión general del momento: el estado puede y debe intervenir en ocasiones para poner límites a las actividades económicas, pero debe hacerlo cuando concurren razones (extraeconómicas) específicas, relativas a la defensa, a la seguridad nacional, a la política exterior, a la pobreza, etc. O las propuestas de política económica de John Stuart Mill y de Edwin Chadwick para combatir la pobreza: EKELUND/ HÉBERT, 2014, pp. 231 ss.

<sup>43</sup> La elaboración teórica (contemporánea) inicial del concepto de “gubernamentalidad” es obra de Michel Foucault (FOUCAULT, 1999). Vid. un buen desarrollo del mismo en DEAN, 2010, especialmente pp. 17 ss. Y su aplicación –bien que en términos muy genéricos– al ámbito de la actividad económica en MILLER/ ROSE, 2008, pp. 26 ss.

<sup>44</sup> GALINDO MARTÍN, 2003, pp. 465 ss.; MÉNDEZ IBISATE, 2003, pp. 394 ss.

<sup>45</sup> MOTTA, 2004, pp. 1-5.

<sup>46</sup> EKELUND/ HÉBERT, 2014, pp. 507 ss.

<sup>47</sup> HARVEY, 2003, pp. 79 ss.; HARVEY, 2007, pp. 79-90.

<sup>48</sup> RAMOS GOROSTIZA, 2003, pp. 436 ss.; EKELUND/ HÉBERT, 2014, pp. 493-494.

<sup>49</sup> EKELUND/ HÉBERT, 2014, pp. 606 ss.

<sup>50</sup> Es cierto, no obstante, que toda una corriente de pensamiento político libertario conservador, inspirándose en las ideas de F. A. Hayek sobre los “órdenes sociales espontáneos”, en contraposición a los “órdenes sociales planificados” (HAYEK, 1967, pp. 162-163; HAYEK, 2003, pp. 149 ss.), viene poniendo en cuestión dicha justificación: vid. ARMENTANO, 2007; BOUDREAUX, 2017. Aunque hasta ahora dicha corriente haya obtenido en el plano político unos resultados más bien magros. Pues, de hecho, nadie con capacidad para gobernar en ningún estado económicamente desarrollado, por muy neoliberales que sean sus planteamientos ideológicos, ha querido ni podido renunciar al régimen de gubernamentalidad también en el ámbito económico; y, consiguientemente, a unas funciones de gobernanza que parecen, hoy, irrenunciables: vid. DE VEGA GARCÍA, 1997, pp. 34-36; PLANT, 2010, pp. 167 ss.; KONINGS, 2012, pp. 86 ss. Por ello, en la práctica ha sido mucho más relevante el intento –como examinaremos luego– de reconfigurar los objetivos y las estrategias de las políticas públicas en materia de protección de la competencia conforme a una orientación más *business-friendly* que emprendió, con algún éxito, la escuela económica de Chicago.

actividad de los mercados son tan variadas en cuanto a los objetos de regulación<sup>51</sup>.

Aquí, no obstante, nos limitaremos a examinar específicamente el problema de cuáles deben ser los objetivos de la *gobernanza de la competencia* (= de las interacciones competitivas) en los mercados. (Más precisamente, como ya advertí más arriba: en mercados en los que interactúan empresas y en los que existe una situación de competencia monopolista.) Dejando, pues, de lado otros problemas y objetivos que la gobernanza de los mercados pueden –y deben– afrontar. La gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados es el conjunto de acciones de gobernanza que van orientadas al diseño y a la gestión de los entornos institucionales en los que las interacciones económicas tienen lugar, con el fin de optimizar los costes de transacción de las mismas y la capacidad de los agentes económicos dentro de dichos entornos para adaptarse al cambio<sup>52</sup>.

En todo caso, y aun limitando de este modo el objeto de análisis, a la cuestión de la gobernanza de las interacciones competitivas entre empresas en los mercados, sigue siendo imprescindible precisar cuál es el objetivo de las actividades de gobernanza que se puedan llevar a cabo. Pues si, como más arriba se señaló, gobernar un ámbito de la vida social implica –si es algo más que pura retórica– controlar determinadas variables, entonces es imprescindible especificar cuáles son las variables (producto de las interacciones competitivas en el mercado) que una estrategia de gobernanza de la competencia en los mercados debe intentar mantener bajo control mediante sus acciones. Solamente con un nivel tal de concreción es posible intentar diseñar racionalmente la gobernanza, así como evaluarla.

## 5. “Competencia” como concepto normativo

En este sentido, la primera cuestión que se plantea es si el propio término “*competencia*” posee ya un significado suficientemente claro y concreto como para convertirse en una de las magnitudes (o en la única magnitud) que deben ser mantenidas bajo control<sup>53</sup>. Algo que creo que puede negarse<sup>54</sup>. En efecto, como en otro lugar he expuesto con mayor detenimiento, desde la perspectiva de una gobernanza que respete ciertos principios básicos de teoría de la justicia y de filosofía política, hoy comúnmente aceptados (autonomía, igualdad moral, perfeccionismo moderado, republicanismo, gobierno limitado...), los únicos estados de cosas valiosos que pueden llegar a justificar la coerción inherente al Derecho regulador y sancionador son aquellos que pueden ser puestos en relación con algunas condiciones particularmente importantes para la interacción social<sup>55</sup>. Así, en el caso de los mercados, el mero hecho de la concurrencia de una gran cantidad de agentes económicos (empresas) en un mismo mercado intentando obtener el favor de los demandantes presentes no parece un estado de cosas que resulte moralmente valioso en sí mismo (y, por consiguiente, menos aún de los que constituyen condiciones esenciales para la interacción), sino únicamente en la medida en que dicho hecho tenga ciertos efectos, benéficos, sobre la interacción social.

Por lo tanto, cabe decir que, en la discusión (de política jurídica) que aquí nos interesa (la de la gobernanza de los mercados), no es posible dar al término “*competencia*” la definición –lexicográfica– que es usual en el ámbito de la ciencia económica<sup>56</sup>, sino que, por el contrario, el mismo ha de ser definido de modo estipulativo<sup>57</sup>. Así, el estado de cosas valioso que, bajo la denominación de “*competencia*”, puede

<sup>51</sup> Vid., por ejemplo, para el caso español, PAREJO ALFONSO, 2015, pp. 119 ss.

<sup>52</sup> WILLIAMSON, 2005; DIXIT, 2018. Por supuesto, el día y a día de la gobernanza económica tiene que ver más con la gestión de entornos institucionales (manteniendo, dentro de ellos, bajo control las variables objeto de observación en las interacciones que tengan lugar) que con el diseño de nuevos entornos o la modificación sustancial de los ya existentes. Específicamente sobre esta última faceta de la gobernanza (el diseño de mercados), que aquí no será explorada, vid. ROTH, 2002, pp. 1341 ss.; VULKAN/ ROTH/ NEEMAN, 2013.

<sup>53</sup> Algo así (“*la competencia como institución*”) afirma, por ejemplo (para el Derecho alemán), BOESCHE, 2016, p. 1.

<sup>54</sup> En PAREDES CASTAÑÓN, 2014, p. 50, n. 44, examiné ya las diferentes formulaciones (en mi opinión, inaceptablemente vagas) que se suelen defender, en la doctrina penal española, del concepto de “*competencia*”.

<sup>55</sup> PAREDES CASTAÑÓN, 2013, pp. 141 ss., 176 ss. En concreto, en ese trabajo detallo que únicamente pueden llegar a estar justificadas regulaciones y prohibiciones que protejan frente a la violencia, que protejan la libertad frente a interferencias injustificadas de terceros, que protejan la autonomía, que protejan el desarrollo libre de la propia personalidad, que protejan la posibilidad de comunicación intercomunitaria, que protejan la igualdad y que protejan el entorno material necesario para la existencia humana.

<sup>56</sup> STIGLER, 2018, pp. 1930-1931.

<sup>57</sup> BORK, 1993, pp. 51, 61.

ser protegido a través de regulaciones y de prohibiciones y sanciones jurídicas es una combinación de elementos cuantitativos y de elementos conductuales: de una parte, aquel nivel mínimo de concurrencia de empresas en un determinado mercado que permite asegurar que ciertas magnitudes económica y socialmente relevantes son mantenidas bajo control y optimizadas en dicho mercado; y, de otra, ciertos patrones de conducta (de interactuar) de dichas empresas, que contribuyen a dicha optimización<sup>58</sup>.

## 6. Gobernanza de los mercados y maximización del bienestar social

### 6.1. Concepto económico de bienestar social

En este sentido, en general parece haber bastante consenso acerca de algunos de los objetivos de dicha labor de gobernanza, aunque no tanto sobre otros. Así, en primer lugar, parece existir un consenso generalizado –de principio, cuando menos– acerca de la idea de que uno de los objetivos que ha de buscar la gobernanza de las interacciones competitivas entre empresas en los mercados es la maximización del bienestar social<sup>59</sup>. En concreto, se trataría principalmente de intentar aproximar la asignación de recursos que la sucesión de interacciones competitivas entre empresas en el mercado produce al óptimo de Pareto: esto es, a una situación en la que resulte imposible cambiar la asignación sin perjudicar a alguien, porque tanto la producción como el consumo han sido fijados según la alternativa más eficiente posible<sup>60</sup>. El óptimo de Pareto, en efecto, constituye un criterio para determinar el máximo de eficiencia que resulta posible obtener en la asignación de los recursos económicamente valiosos y escasos<sup>61</sup>. Y parece que la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados debe intentar aproximarse a dicho óptimo de eficiencia.

No obstante, lo cierto es que el consenso sobre la importancia de intentar asegurar, a través de la gobernanza de los mercados, la maximización del bienestar social resultante de las interacciones en su seno no puede ocultar el hecho de que, en realidad, existen algunas relevantes dificultades de naturaleza metodológica, acerca de cómo afrontar la persecución de di-

cho objetivo, además de cierta división de opiniones –de índole político-jurídica– respecto de si debe ser el único, o siquiera el más importante.

En efecto, en principio el punto de conexión entre la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados y el objetivo de maximizar el bienestar social a través de las mismas está en los dos teoremas de optimalidad de la economía del bienestar. A tenor del primero, en condiciones de competencia perfecta una situación de equilibrio<sup>62</sup> constituye siempre un óptimo de Pareto<sup>63</sup>. Y de acuerdo con el segundo, para cualquier situación de óptimo de Pareto es posible hallar una situación de equilibrio competitivo que la preserve (siempre la asignación inicial de la propiedad de los factores de producción y el espectro de precios sean los adecuados)<sup>64</sup>.

Así, hablando en términos generales, las restricciones a la competencia hacen que se produzcan distorsiones en el proceso de intercambio en el mercado, de manera que la asignación de recursos que este acaba produciendo no tiene por qué ser necesariamente un óptimo de Pareto. Dichas distorsiones pueden ser de diferente índole: pueden afectar a los precios (que, a diferencia de lo que ocurre en situación de competencia perfecta, no se corresponderán con el coste marginal, sino que frecuentemente son superiores a este), a las cantidades producidas (muchas veces menores que las que la demanda existente requeriría), a la diversidad de productos disponibles para los demandantes en el mercado y/o, en fin, a la innovación tecnológica y a la productividad.<sup>65</sup>

Debido a ello, parecería que la búsqueda de las condiciones de competencia perfecta ha de constituir el necesario desiderátum de cualquier estrategia de gobernanza de los mercados, puesto que, obtenidas tales condiciones, la maximización del bienestar so-

<sup>62</sup> Una situación de equilibrio es una en la que ninguno de los agentes económicos desea modificar su patrón de comportamiento en el mercado, porque su conducta actual es la óptima (PERLOFF, 2018, p. 42). Así, en una situación de equilibrio: a) el conjunto de demandantes están adquiriendo la cantidad máxima de bienes que les es posible, en vista de sus restricciones presupuestarias y de los precios; b) el conjunto de oferentes están ofreciendo la cantidad máxima de bienes que les resulta razonable producir, a la vista de sus precios; y c) la primera y la segunda cantidad coinciden (KATZ/ROSEN/MORGAN, 2006, pp. 370-371).

<sup>63</sup> JUST/HUETH/SCHMITZ, 2004, pp. 24-28.

<sup>64</sup> JUST/HUETH/SCHMITZ, 2004, pp. 28-29.

<sup>65</sup> Vid. en JUST/HUETH/SCHMITZ, 2004, pp. 262-268; AREEDA/KAPLOW/EDLIN, 2013, pp. 10-18, una exposición sintética de los efectos de precios por encima del coste marginal (social) y por debajo del mismo, de restricciones en las cantidades ofrecidas, etc.

<sup>58</sup> MOTTA, 2004, p. 30.

<sup>59</sup> MOTTA, 2004, pp. 17-22.

<sup>60</sup> KATZ/ROSEN/MORGAN, 2006, pp. 427-429.

<sup>61</sup> BOADWAY/BRUCE, 1984, pp. 82-84.

cial caería por su propio peso (en virtud del primer teorema de optimalidad). De modo que el objetivo de la gobernanza de las interacciones competitivas debería ser la eliminación o, cuando menos, la reducción aquellas imperfecciones de los mercados realmente existentes que los separan del modelo ideal de competencia perfecta<sup>66</sup>: la no convexidad de las funciones relevantes (de utilidad, de restricciones presupuestarias, de producción, etc.), el poder de mercado, las externalidades (por ausencia de precios o de derechos de propiedad, por producción o consumo conjuntos), los dilemas derivados de las peculiaridades de las situaciones de producción y/o de consumo conjuntos (diferentes clases de bienes públicos o semipúblicos y contratos incompletos), los costes de transacción, los problemas de asimetrías informativas y de incertidumbre y los de descuento intertemporal<sup>67</sup>.

Sin embargo, existen varias dificultades metodológicas que hacen que la reducción de las imperfecciones de la competencia, para maximizar el bienestar social, no resulte siempre un objetivo tan claramente determinado y viable como en un primer momento pudiera parecer. Señalaré únicamente cuatro:

1<sup>a</sup>) Para aplicar el criterio de eficiencia de Pareto, es preciso que sea posible la comparación interpersonal de las funciones de utilidad (y, en la medida de lo posible, que estas sean también medibles). Sin embargo, parece claro que hay muchas ocasiones en las que tal condición no puede ser satisfecha<sup>68</sup>. En tales situaciones, la determinación de la función de bienestar social resulta problemática<sup>69</sup>, ya que no parece existir ninguna manera de establecer un método no arbitrario para pasar de las funciones de preferencias individuales a la función de bienestar social<sup>70</sup>. De manera que la determinación de los valores de esta función distaría de resultar intersubjetivamente aceptable.

2<sup>a</sup>) En la práctica, es frecuente que existan varios equilibrios de mercado que sean óptimos de Pareto y que, sin embargo, desde otros puntos de vista (de justicia distributiva, por ejemplo) puedan ser valorados de manera bastante diferente<sup>71</sup>. Ello parecería indicar que el análisis de eficiencia apenas puede ser suficiente en ningún caso en el ámbito económico; tampoco en el caso de los problemas derivados de distorsiones de la competencia<sup>72</sup>.

3<sup>a</sup>) Tanto la evidencia empírica como el análisis formal parecen indicar que, allí donde no se cumplen todas las condiciones del óptimo de Pareto, la mejora de alguna de dichas condiciones, sin lograr al tiempo que se cumplan las restantes, no siempre resulta deseable, sino que muchas veces puede llevar a situaciones peores en términos de bienestar (teoría del *second best*)<sup>73</sup>. Si esto es así, entonces no es en absoluto claro que la persecución de ciertas correcciones en alguna restricción a la competencia (por ejemplo, la reducción o eliminación de una cierta externalidad) produzca siempre un efecto positivo global sobre el bienestar social.

4<sup>a</sup>) Por fin, existen serias dudas sobre la completa adecuación de la métrica monetaria del bienestar, a través de la conversión de las funciones de utilidad en funciones de gasto<sup>74</sup>. Métrica que, a lo sumo, puede considerarse que proporciona un reflejo incompleto (y, sin duda, distorsionado)<sup>75</sup>, cuya utilización solamente se justifica por la dificultad de hallar un mejor instrumento<sup>76</sup>.

Por supuesto, todas estas dificultades no tienen por que conducir a poner en cuestión completamente ni toda la teoría económica del bienestar, ni tampoco las estrategias de gobernanza que persiguen maximizar el bienestar social. Pero sí que parece razonable ser cautelosos a la hora de aplicar los instrumentos que

<sup>66</sup> Recuérdese (KATZ/ ROSEN/ MORGAN, 2006, pp. 362-363): a) un mercado en el que tanto oferentes como demandantes son precio-aceptantes; b) un mercado en el que es libre la entrada, como oferente o como demandante; y c) un mercado en el que los oferentes no tienen razones para comportarse de forma estratégica.

<sup>67</sup> BOADWAY/ BRUCE, 1984, pp. 103 ss.; LEDYARD, 2018, pp. 8246 ss.

<sup>68</sup> JUST/ HUETH/ SCHMITZ, 2004, pp. 29-30.

<sup>69</sup> BOADWAY/ BRUCE, 1984, pp. 147-152; JUST/ HUETH/ SCHMITZ, 2004, pp. 40-45.

<sup>70</sup> La justificación de este teorema de imposibilidad se encuentra en ARROW, 1963, pp. 48 ss. Cfr. ARROW, 1973, pp. 252-257, para una aplicación práctica de este teorema a la crítica a la viabilidad epistemológica de cualquier teoría de la justicia (y, por ende, del bienestar social) que —como la contractualista o la utilitarista— pretenda fundarse en las preferencias individuales.

<sup>71</sup> JUST/ HUETH/ SCHMITZ, 2004, pp. 30-31.

<sup>72</sup> Vid. infra 7.

<sup>73</sup> Sobre la teoría en general, vid. LIPSEY/ LANCASTER, 1956. Y vid. BUCHANAN, 1969, para su aplicación al problema de las restricciones a la competencia.

<sup>74</sup> La función de gasto es la cantidad mínima de ingresos monetarios que un individuo necesita para alcanzar un cierto nivel de utilidad, a la vista del nivel precios existente (MUÑOZ-GARCÍA, 2017, p. 124-127).

<sup>75</sup> BERGSON, 1975; MCKENZIE, 1983, especialmente pp. 139 ss.; BOADWAY/ BRUCE, 1984, pp. 5-7; JUST/ HUETH/ SCHMITZ, 2004, pp. 170 ss.

<sup>76</sup> Cfr. un par de intentos de elaborar métricas más ajustadas del bienestar social: SAIKH/ TONAK, 1996; STIGLITZ/ SEN/ FITOUSSI, 2010; ADLER, 2019.

dicha teoría nos proporciona y al diseñar estrategias de gobernanza que tengan el bienestar social por objeto, al ser conscientes de que esos instrumentos y esa estrategia no son sino aproximaciones –las mejores de las que disponemos– al concepto de bienestar. Por ello, por todas estas razones metodológicas, además de por las razones morales y políticas que se examinarán más adelante, cualquier enfoque unilateral acerca de la política jurídica pertinente para el diseño de la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados parece fuera de lugar.

## 6.2. Restricciones verticales a la competencia y bienestar social

En todo caso, no cabe discutir que, sin duda alguna, uno de los objetivos de la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados entre empresas ha de ser la maximización del bienestar social. O, por mejor decir (y a tenor de todas las matizaciones que ya han sido realizadas), la reducción (y, en el mejor de los casos, la eliminación) de aquellos obstáculos a la maximización del bienestar social que procedan de imperfecciones de los mercados realmente existentes. Por ello, es necesario discutir precisamente cuál es el impacto en el bienestar social de cada una de las situaciones de mercado y de los patrones de conducta empresarial que se reputan anticompetitivos.

### 6.2.1. Concepto y fenomenología de las restricciones verticales a la competencia

En este sentido, el caso de las restricciones verticales a la competencia resulta particularmente interesante, pues se ha discutido mucho cuál es el impacto real, en términos de bienestar, de este tipo de patrones de interacción empresarial. Entendemos por restricciones verticales a la competencia aquellos acuerdos entre empresas que pertenecen a distintos pasos del proceso de producción y comercialización de un mismo bien o servicio y que limitan las condiciones bajo las cuales dichas empresas van a operar en el mercado<sup>77</sup>. En particular, cuatro formas de restricciones verticales son las que suelen presentarse con más frecuencia<sup>78</sup>:

— Acuerdos de exclusividad: un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $DI$  que este será el ven-

dedor único del producto  $p$  en el mercado  $m$ ; y, usualmente, también que  $F$  no distribuirá  $p$  a ningún otro comerciante presente en  $m$ .

— Acuerdo sobre precios o sobre cantidad: un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $DI$  que el precio de  $p$  en  $m$  será, como mínimo, de  $x$  por unidad; o, como máximo, de  $y$  por unidad; o que deberá ser el precio fijo de  $z$  por unidad; o fijación unos precios no lineales (precios con una parte fija y otra proporcional, precios con descuentos por cantidad, etc.). O acuerda que  $DI$  deberá comprar como mínimo una cierta cantidad de unidades de  $p$ .

— Acuerdo de paquetización (*bundling*): un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $DI$  que este, cuando desee comprar unidades de  $p$ , deberá hacerlo siempre comprando además otro número determinado de unidades del producto  $q$  (también producido o distribuido por  $F$ ).

— Acuerdo de integración vertical: un fabricante  $F$  acuerda con un comerciante  $DI$  comprar su empresa e incorporarla a  $F$ ; o bien, es el comerciante  $DI$  quien acuerda con  $F$  incorporar su empresa a  $DI$ <sup>79</sup>.

Aquella estructura del mercado  $m$  que produce incentivos para que las empresas que interactúan entre sí ( $F$  y  $DI$ ) lleven a cabo acuerdos de esta índole es una de competencia monopolista entre empresas (entre  $F_1, F_2, \dots, F_n$ , y/o entre  $DI_1, DI_2, \dots, DI_n$ ) en la que cada una ofrece un producto  $p$  diferenciado, pero también imperfectamente sustitutivo de los ofrecidos por las restantes empresas<sup>80</sup>. Además,  $m$  (el conjunto de potenciales demandantes de  $p$ ) ha de estar (aproximadamente) acotado, delimitado geográficamente o según algún otro criterio suficiente<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> En principio, desde el punto de vista de los efectos sobre la restricción de la competencia, los dos casos parecen el mismo caso. Aunque, por supuesto, en la práctica, dependiendo de la estructura de los mercados (del mercado en el que opera  $F$  –el de la distribución de productos a comerciantes– y del mercado en el que opera  $DI$  –el de la venta al consumidor final) y, consiguientemente, también de las diferentes características financieras, estructuras de costes, aversión al riesgo y nivel de información (sobre costes, rentabilidad y demanda de la otra empresa, así como sobre sus posibles acciones ocultas), los resultados de la fusión pueden ser muy diferentes según quién sea el que tome la iniciativa: vid. HART/ TIROLE, 1990, pp. 208-211.

<sup>80</sup> TIROLE, 1988, pp. 287-300.

<sup>81</sup> El criterio de delimitación que parece más pertinente –bien que siempre imperfecto, relativo– atiende al grado de sustituidad entre los bienes (y, por consiguiente, a la intensidad de la relación entre sus respectivos precios): un mercado  $m$  es una estructura social compuesta por todos aquellos oferentes que ofrecen  $p$  y aquellos productos (aproximadamente) sustitutivos de  $p$  y por el conjunto de demandantes potenciales de  $p$  y –eventualmente– de

<sup>77</sup> LANDEO, 2018, p. 75.

<sup>78</sup> REY/ VERGÉ, 2008, pp. 354-355.

En una estructura con estas características, ocurre lo siguiente<sup>82</sup>:

— En el caso de  $F$ , se trata principalmente de asegurar su poder de mercado, frente al riesgo de conductas oportunistas por parte de sus distribuidores (ya que, en principio, ni  $D1$  ni ningún otro comerciante tienen, en condiciones de competencia, incentivos suficientes para confiar en  $F$  y, por consiguiente, para hacer esfuerzos para distribuir de forma óptima  $p$  en  $m$ , y ni siquiera para no anteponer otros productos a  $p$ , si es de su conveniencia) y frente a la dificultad para obtener información sobre las características de la demanda de  $p$  en  $m$  (precio que es razonable aplicar, que bienes sustitutivos de  $p$  están disponibles en  $m$ , etc.). Asimismo, un acuerdo de restricción vertical le permite aislar  $m$  de otros mercados para  $p$  en los que la demanda tenga una elasticidad diferente (por lo que el precio que en ellos puede fijarse razonablemente para  $p$  también resulta diferente).

— En el caso de  $D1$ , y ante la incertidumbre probablemente existente tanto sobre la demanda de  $p$  como sobre los costes de comercializarlo en  $m$ , si tiene un grado suficiente de aversión al riesgo (lo cual no es infrecuente, al menos en el caso de pequeños distribuidores), las restricciones verticales constituye un incentivo razonable, ya que evitan la competencia en torno a  $p$  con otros comerciantes y le protegen, además, frente a comportamientos propios de *free riders* que estos pudieran adoptar (y, por ello, le incentivan a asumir costes —publicidad, servicios posventa, etc.— que favorezcan la comercialización de  $p$ , seguro de que nadie más va a aprovecharse de su esfuerzo); asegura a  $D1$  acerca del compromiso de  $F$  con su acuerdo; y, por fin, le permiten gestionar con más flexibilidad las dificultades que pudieran derivarse del tamaño de  $m$  (si  $m$  es demasiado pequeño, por

ejemplo, o aprovechando las economías de escala, si no lo es).

Si esto es así, entonces puede decirse que, en términos de teoría de juegos,  $F$  afronta un problema de diseño de un mecanismo<sup>83</sup> que dé lugar a la revelación de preferencias (que en principio permanece ocultas) por parte de  $D1$ <sup>84</sup>. Y que este, a su vez, afronta dos problemas de estrategia: primero, un dilema acerca del nivel de compromiso del otro jugador  $-F-$  en un juego de señalización (un juego de forma extensiva, con una sucesión de acciones de cada jugador y con información incompleta)<sup>85</sup>; y, además, un dilema a la hora de proveer bienes públicos (publicidad, servicios posventa, etc.), que le benefician a él y a cualquier otro distribuidor  $Dn$  presente en  $m$ , con lo que existe el grave riesgo de que surjan conductas de *free-riding* por parte de  $D2, \dots, Dn$ <sup>86</sup>. Un juego dinámico, pues (el que configura la interacción de  $D1$  con  $F$ , en el que existe una secuencia de movimientos por parte de cada uno de los dos jugadores) y dos juegos estáticos (el que configura la interacción de  $F$  con  $D1$  y el que configura la interacción de  $D1$  con  $D2, \dots, Dn$ , puesto que en ambos los movimientos de cada jugador pueden ser simultáneos). Y dos juegos con información incompleta (los dos que se juegan entre  $F$  y  $D1$ ), y otro más con información completa (el que se juega entre  $D1$  y  $D2, \dots, Dn$ ). Juegos todos ellos en los que los acuerdos (de restricción vertical de la competencia) entre  $F$  y  $D1$  resultan ser (conjuntos de) movimientos estratégicos, racionalmente explicables.

## 6.2.2. Teoría I: la restricción vertical de la competencia no afecta al bienestar social

A la vista de ello, se ha discutido mucho la medida en la que estos comportamientos (mayoritariamente racionales, en atención a las estructuras de los mercados en los que tienen lugar) de los agentes económicos pueden ser reputados lesivos para el bienestar social. Esto es, si verdaderamente se trata de conductas que

aquellos productos (aproximadamente) sustitutivos de  $p$ , y por las interacciones entre ellos (TIROLE, 1988, pp. 12-13; ASPERS, 2011, pp. 100-107). Por supuesto, en los casos concretos, la cuestión — que, sin embargo, no será abordada aquí — de cómo delimitar un mercado como objeto de análisis, evaluación e intervención resulta esencial para poder acotar el alcance de la estrategia de gobernanza de las interacciones competitivas que en él se producen: cfr. MOTTA, 2004, pp. 101-115; NIELS/ JENKINS/ KAVANAGH, 2016, pp. 23 ss.

<sup>82</sup> GALLINI, 1983, pp. 285 ss.; MATHEWSON/ WINTER, 1984; REY/ TIROLE, 1986a; REY/ TIROLE, 1986b, pp. 924-930, 936-937; REY/ TIROLE, 2007, pp. 2158-2164; REY/ STIGLITZ, 1988; TIROLE, 1988, pp. 170 ss.; O'BRIEN/ SCHAFER, 1992, pp. 300-306; McAFFEE/ SCHWARTZ, 1994, pp. 213 ss.; REY/ VERGÉ, 2008, pp. 360-369; AREEDA/ KAPLOW/ EDLIN, 2013, pp. 592-595, 643-648, 712-714; NIELS/ JENKINS/ KAVANAGH, 2016, pp. 273-282.

<sup>83</sup> GREEN/ LAFFONT, 1979, pp. 49-53; FUDENBERG/ TIROLE, 1991, pp. 243 ss.; MAS-COLELL/ WHINSTON/ GREEN, 1995, pp. 858-869, 897-910; LAFFONT/ MARTIMORT, 2002, pp. 28-55; MYERSON, 2018.

<sup>84</sup> MYERSON, 1982, pp. 67-75, examina específicamente el problema de diseño de mecanismos de revelación de preferencias que se plantea en este caso.

<sup>85</sup> FUDENBERG/ TIROLE, 1991, pp. 67-83, 324 ss.; BAIRD/ GERTNER/ PICKER, 1994, pp. 57-63; BOLTON/ DEWATRIPONT, 2005, pp. 99 ss.; GINTIS, 2009, pp. 179 ss.

<sup>86</sup> FUDENBERG/ TIROLE, 1991, pp. 211-213.

no resultan (dada la situación en la que los agentes tienen que operar: competencia monopolística, poder de mercado, externalidades, acciones e información ocultas) Pareto-óptimas. Así, se ha sostenido que, en realidad, si en un mercado en situación de competencia monopolista una empresa, ejerciendo su poder de mercado, opta por llegar a acuerdos que restrinjan las condiciones del intercambio con otra u otras de las empresas que participan en el proceso de producción y comercialización de un bien o servicio (restricciones verticales), dichos acuerdos tendrán para ella un coste:  $F$  estaría obligada, para que  $DI$  aceptase las restricciones, a venderle las unidades de  $p$  a un precio inferior al que  $DI$  aceptaría si no se hubiesen acordado; pues, de otro modo,  $DI$  se volvería hacia otros fabricantes, o bien preferiría interactuar con  $F$  en un entorno plenamente competitivo, sin restricciones. De este modo, el ejercicio del poder de mercado por parte de  $F$  no alteraría verdaderamente las condiciones estructurales del mercado  $m$ , ni el bienestar social global, sino que se trataría únicamente de una estrategia de discriminación de precios: racional desde el punto de vista de  $F$ , en la medida en que le permite adaptar al máximo –a cambio de un coste, claro está– el precio de  $p$  al grado de elasticidad de la demanda y a los diferentes tipos (funciones de utilidad y restricciones presupuestarias) de consumidor, según las características de  $m$ . Así, por ejemplo, si  $F$  llega a un acuerdo de exclusividad con  $DI$ , ello obedecería principalmente al deseo de  $F$  de asegurarse de que el producto  $p$  llega al consumidor final en  $m$  en las condiciones adecuadas: aquellas que maximizan la rentabilidad (a la vista de la disposición marginal a pagar por parte de un determinado consumidor  $Cn$ )<sup>87</sup>, dadas las características de los consumidores presentes en  $m$ <sup>88</sup>.

Por ejemplo: una marca de relojes de alta gama (carac-

terístico bien posicional, puesto que usualmente dará la hora con la misma exactitud que relojes mucho más baratos, pero llevará asociadas connotaciones de lujo, exclusividad, etc.), conociendo las características de su función de demanda de su producto, desea que su producto no se venda nada más que en establecimientos comerciales particularmente lujosos, céntricos, bien publicitados, etc., y no desea que se vendan al lado de otros relojes. Pero, naturalmente, el acuerdo de exclusividad ha de tener sus compensaciones para el comerciante.

Se trataría, por consiguiente, de una redistribución del beneficio entre  $F$  y  $DI$  (acordada voluntariamente), que en ningún caso repercutiría en el efecto global –de bienestar– de la asignación de recursos a que el proceso de interacción da lugar: el consumidor final  $Cn$  seguiría aceptando (= el equilibrio de mercado se seguiría fijando en) aquel precio y aquella cantidad que se correspondan con su disposición a pagar; mientras que, si la discriminación de precios es perfecta, el beneficio empresarial global (conjunto de  $F$  y de  $DI$ ) quedaría maximizado, al extraerse en el intercambio de cada consumidor todo su excedente<sup>89</sup>. Mas lo que pierde en excedente el consumidor quedaría compensado por el incremento en el excedente del productor<sup>90</sup>, de manera que el bienestar social global no variaría<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> El excedente de un consumidor  $Cn$  es la diferencia entre el precio actual de una unidad de  $p$  y la disposición de  $Cn$  a pagar por dicha unidad: PERLOFF, 2018, pp. 166-168. Si  $DI$  (o  $F$ , empleando a  $DI$  como su agente) es capaz de detectar perfectamente la disposición a pagar de cada consumidor  $Cn$  (su función inversa de demanda), podrá determinar un precio para  $p$  que se corresponda exactamente con dicha cantidad, extrayendo todo el excedente del consumidor: TIROLE, 1988, pp. 135-137.

<sup>88</sup> El excedente del productor (aquí tomamos como tal a la coalición entre  $F$  y  $DI$ , considerando a este último como agente de aquel) es la diferencia entre el precio actual de  $p$  en  $m$  y aquel precio mínimo por el que  $F$ - $DI$  seguirían estando dispuestos a vender unidades de  $p$  (precio que generalmente equivaldrá al coste de producir  $p$ ): PERLOFF, 2018, p. 315. Si  $F$ - $DI$  poseen, en la venta final de  $p$  a  $Cn$ , un gran poder de mercado –no son precio-aceptantes– y pueden además proceder a una perfecta discriminación de precios, el excedente del productor será máximo.

<sup>89</sup> Han mantenido esta opinión BORK, 1954, pp. 194 ss.; BORK, 1966, pp. 381-384, 397-424, 429-464; BORK, 1993, pp. 225 ss., 288-298, 299 ss., 372-381, 391-401; DIRECTOR/ LEVI, 1956, pp. 290-294; BOWMAN JR., 1957, pp. 23-29; TESLER, 1960, pp. 88 ss.; MCGEE/ BASSETT, 1976, pp. 22-32; POSNER, 1976, pp. 147 ss.; POSNER, 1979, pp. 926-928, 934-939; POSNER, 2001, pp. 171 ss.; POSNER/ EASTERBROOK, 1981, pp. 802-810, 869-876, 885-887, 951-954; EASTERBROOK, 1984, pp. 20-21, 25-26, 28-33.

<sup>87</sup> Esto es, de la determinación de la cantidad máxima que un consumidor  $Cn$  pagaría por una unidad adicional de  $p$ , dada su función de preferencias y las restricciones presupuestarias que soporta: PERLOFF, 2018, p. 166.

<sup>88</sup> Como señala TIROLE, 1988, pp. 137-152, en la práctica la discriminación perfecta de precios según la disposición a pagar de cada demandante individual resulta infrecuente, a causa de los costes que conlleva obtener la información necesaria para ello. Por ello, es mucho más habitual que se recurra a métodos de discriminación de segundo grado (clasificación de los demandantes en grupos diferenciados) o de tercer grado (introducción de mecanismos de que promueven la revelación de información por parte del propio consumidor), según cuál sea el coste de la información.

### 6.2.3. Teoría II: la restricción vertical de la competencia puede afectar al bienestar social

Para poder evaluar adecuadamente esta interpretación económica de las conductas de restricción vertical de la competencia, es importante clarificar cuáles son las verdaderas causas de eventuales reducciones del bienestar social a consecuencia de conductas empresariales restrictivas de la competencia. A este respecto, el punto de partida tiene que ser la discusión de la cuestión general de si existe o no algo como la competencia vertical, que deba ser regulada y protegida, y en qué se concreta.

En efecto, de acuerdo con la concepción de la competencia que se acaba de exponer, la misma se caracterizaría por ser una relación exclusivamente horizontal: la competencia sería la relación existente entre diferentes agentes económicos —aquí, empresas— que concurren (o, potencialmente, podrían llegar a concurrir) en un mismo mercado, con la pretensión de ocupar la posición de oferentes dentro del mismo, pugnando por hacer con la demanda de un determinado producto o clase de productos que persiguen los demandantes presentes en el mercado<sup>92</sup>. Sin embargo, lo cierto es que, en todos aquellos mercados distintos de aquel en el que la empresa interactúa con el consumidor final del bien (por ejemplo, en el mercado en el que interactúan los fabricantes y los distribuidores de un mismo producto), la determinación del poder de mercado de una determinada empresa depende no solo de su capacidad, en tanto que oferente, para fijar precios a sus productos por encima del coste marginal, sino también de su capacidad, en tanto que demandante, para forzar a las empresas oferentes a fijar precios por debajo del coste marginal, reduciendo los márgenes de rentabilidad de aquellas en su propio beneficio. De hecho, no es infrecuente que el poder de mercado de una determinada empresa en las relaciones horizontales (con el resto de los oferentes presentes en el mismo mercado) esté de algún modo estrechamente relacionado con su poder de mercado en sus relaciones verticales (con sus proveedores —hacia arriba— o, hacia abajo, con los distribuidores de sus productos)<sup>93</sup>.

Así, un gran distribuidor (una empresa propietaria de gran número de grandes superficies comerciales),

si es capaz de conseguir que sus proveedores mejoren las condiciones en las que adquiere los productos que va a poner a la venta para el consumidor final (el precio unitario de compra, las condiciones de calidad, los plazos de entrega, la exclusividad, etc.), puede obtener, gracias a su posición de monopsonio o de oligopsonio, importantes ventajas competitivas o una rentabilidad extraordinaria. Y algo similar puede suceder del lado de la oferta: el monopolista u oligopolista que puede conseguir de sus distribuidores mejores condiciones de venta para sus productos se hallará también en una condición de ventaja comparativa.

Por lo tanto, parece que no es posible aceptar, como posición de principio, la de que la competencia vertical resulte completamente irrelevante para la gobernanza de las interacciones en los mercados. Por el contrario, es preciso establecer, caso por caso (grupo de casos por grupo de casos) si se producen, y en qué medida, los efectos negativos anticompetitivos; vale decir, sobre el bienestar social.

Estos efectos pueden ser de dos clases<sup>94</sup>:

— Efecto de colusión: por una parte, existe una reducción directa del bienestar social allí donde la conducta de las empresas (*F* y *DI*) implicadas en un acuerdo de restricción vertical de la competencia —un acuerdo de exclusividad, por ejemplo— da lugar a una asignación de recursos (en atención a la cantidad de *p* ofertada en *m* y del precio de venta) que resulta globalmente inferior a la que tendría lugar en ausencia del acuerdo. En este caso, la asignación de recursos subóptima puede derivarse tanto de un nivel de producción de *p* por debajo de la cantidad que sería en principio económicamente posible (dados los costes de producción) y socialmente necesaria, dada la curva de demanda (por ejemplo, porque el precio fijado para *p* resulta superior a la disposición a pagar de la mayor parte de los consumidores presentes en *m*), de unos costes de producción por encima de los que resultaría técnicamente posibles, por falta de inversión y —consecuentemente— de productividad,...

— Efecto de exclusión: por otra parte, existe también una reducción del bienestar, causada en este caso de forma indirecta, cuando el acuerdo entre *F* y *DI* produce un efecto de exclusión de terceros competidores (fabricantes y/o distribuidores) del tal calibre que dicha restricción adicional a la competencia ocasiona que la asignación global de recursos en *m*

<sup>92</sup> AHLERT/ SCHEFER, 2013, pp. 33-34.

<sup>93</sup> STEINER, 2008.

<sup>94</sup> WHINSTON, 2006, p. 2.

(ya no solo de unidades de  $p$ , sino de cualquier otro producto –aproximadamente sustitutivo– que se intercambie en  $m$ ) resulte inferior a la que tendría lugar en ausencia del acuerdo. En este caso, la pérdida de bienestar se deriva del primer teorema de optimalidad de la economía del bienestar: dado que en condiciones de competencia perfecta, cualquier equilibrio de mercado resulta ser un óptimo de Pareto, la creación o ampliación de oligopolios o monopolios tiende a producir el efecto de crear situaciones de equilibrio de mercado que son subóptimas<sup>95</sup>.

A la hora de evaluar si se produce –y en qué casos se produce– cada uno de estos efectos, dos son los recursos de los que disponemos: de una parte, el análisis formal de las situaciones de interacción estratégica entre empresas en condiciones de competencia monopolística, mediante la teoría de juegos; y, de otra, la evidencia empírica –aún limitada– disponible, procedente de los estudios de economía experimental.

#### 6.2.4. Efecto de exclusión

El análisis formal permite llegar a las siguientes conclusiones:

1ª) En presencia de economías de escala, un acuerdo de restricción vertical de la competencia entre  $F$  y  $D_1, \dots, D_n$  puede producir un efecto de exclusión sobre terceros potenciales competidores de  $F$ , al dificultarle que pueda rentabilizar su entrada en  $m$ , por falta de un suficiente número de distribuidores<sup>96</sup>, incrementando significativamente sus costes<sup>97</sup>.

2ª) Sin embargo, no es claro que este efecto de exclusión tenga siempre un impacto verdaderamente relevante en el bienestar social<sup>98</sup>: en efecto, en mercados oligopolísticos con economías de escala puede ocurrir que la entrada de nuevos competidores no produzca una mejora del bienestar social y que el nuevo competidor se limite a “robar” parte del negocio de  $F$ , sin incrementar con ello el bienestar<sup>99</sup>.

3ª) La cuestión es ligeramente diferente cuando  $F$  tiene, en relación con los varios distribuidores  $D_1, D_2, \dots, D_n$  presentes en  $m$ , la posibilidad de negociar con todos ellos y hacerles competir por lograr un acuerdo de restricción vertical (un acuerdo de exclusividad, por ejemplo) con él. En este caso, si  $D_1, D_2, \dots, D_n$  son indistinguibles (todos ellos actúan en  $m$ , venden al mismo tipo de clientes, la misma clase de bienes, etc.), la consecuencia será que  $F$  llegará a un acuerdo con uno de los distribuidores (con  $D_1$ , por ejemplo), excluyendo con ello los riesgos derivados de la eventual competencia de  $D_2, \dots, D_n$ . Y que, debido a ello (a la condición de monopolio), el precio de  $p$  subirá, disminuirá la cantidad vendida; y también disminuirá el bienestar social total (= el excedente agregado)<sup>100</sup>, aunque aumente el beneficio de  $F$ <sup>101</sup>, pues el acuerdo entre  $F$  y  $D_1$  tiene externalidades negativas, que perjudican a  $D_2, \dots, D_n$ , y también a  $C_n$ <sup>102</sup>.

Aunque ciertamente no existe un cuerpo de investigaciones empíricas que resulte suficiente para hacer afirmaciones tajantes<sup>103</sup>, no obstante, esa posibilidad de que –en determinadas circunstancias– los acuerdos de restricción de la competencia produzcan dicho

<sup>95</sup> JUST/ HUETH/ SCHMITZ, 2004, pp. 376-381.

<sup>96</sup> Para el caso de las integraciones verticales entre empresas, vid. HART/ TIROLE, 1990, pp. 211, 222-224, 227-228; ORDOVER/ SALONER/ SALOP, 1990, pp. 134-136; BOLTON/ WHINSTON, 1991, pp. 209-219; RIORDAN/ SALOP, 1995, pp. 527-561. Para el caso de los acuerdos de exclusividad, vid. AGHION/ BOLTON, 1987, pp. 389-392; RASMUSEN, / RAMSEYER/ WILEY JR., 1991, pp. 1138-1144; REY/ STIGLITZ, 1995, pp. 433-440; BERNHEIM/ WHINSTON, 1998, pp. 77-86; SEGAL/ WHINSTON, 2000, pp. 299-305, 307; WHINSTON, 2006, pp. 144-148; REY/ VERGÉ, 2008, pp. 377-384. Para el caso de los acuerdos de paquetización, vid. WHINSTON, 1990, pp. 843-846, 852-855; CARLTON/ WALDMAN, 2002, pp. 194 ss.; NALEBUFF, 2004, pp. 163-173.

<sup>97</sup> SALOP/ SCHEFFMAN, 1983; SALOP/ SCHEFFMAN, 1987. El caso de los acuerdos sobre precios parece un tanto particular en este sentido, puesto que, según pone de manifiesto el análisis formal, solamente en ciertos casos puede dar lugar a este efecto de exclusión (STEINER, 2004, pp. 449-457; ASKER/ BAR-ISAAC, 2011; REY/ VERGÉ, 2010, pp. 934 ss.; BENNETT/ FLETCHER/ GIOVANNETTI/ STALLIBRASS, 2011, pp. 1290-1293; GIOVANNETTI/ MAGAZZINI, 2013, p. F589; JEDLICKOVÁ, 2016, p. 284), mientras que muchos otros supuestos, en cambio, produce un efecto neutro sobre la competencia: IPPOLITO, 1991, pp. 281-282, 291-292; MARVEL, 1994, pp. 84-90; AHLERT/

SCHEFER, 2013, pp. 33 ss.

<sup>98</sup> WHINSTON, 2006, p. 151.

<sup>99</sup> MAKIW/ WHINSTON, 1986, pp. 50-54; REY/ TIROLE, 2007, pp. 2210-2211.

<sup>100</sup> Que equivale al excedente del consumidor  $C_n$  más el excedente conjunto obtenido por  $F$  y por  $D_1, D_2, \dots, D_n$  en  $m$ : MAS-COLELL/ WHINSTON/ GREEN, 1995, pp. 326, 328.

<sup>101</sup> HART/ TIROLE, 1990, pp. 232-239; WHINSTON, 2006, pp. 155-165.

<sup>102</sup> SEGAL, 1999, pp. 351-352, 358-360. Siendo más precisos (SEGAL, 1999, pp. 357 ss.), cuando la negociación es pública (=  $D_1, D_2, \dots, D_n$  conocen las condiciones que  $F$  les ofrece a cada uno), las externalidades negativas –y la consiguiente reducción del excedente agregado– perjudican a  $D_2, \dots, D_n$  y a  $C_n$ ; en cambio, si la negociación es privada, también  $D_1$  –el distribuidor que llega a contratar con  $F$ – se verá afectado por la búsqueda de rentas por parte de este último, a no ser que se encuentre en condiciones de poder inducir a  $F$  a introducir en la negociación algún mecanismo que le comprometa de antemano con el contenido del contrato que se está negociando (vid. MUTHOO, 1999, pp. 211 ss.).

<sup>103</sup> LAFONTAINE/ SLADE, 2008, p. 399.

efecto de exclusión parece estar confirmada por los estudios hasta ahora disponibles<sup>104</sup>.

## 6.2.5. Efecto de colusión

Sobre la base del análisis formal, cabe concluir que, incluso allí donde los acuerdos de restricción vertical de la competencia no dan lugar a ningún efecto de exclusión relevante (por ejemplo, porque el incentivo principal para alcanzarlos tiene que ver sobre todo con asegurar el compromiso entre las partes, entre  $F$  y de  $DI$ , para proteger las inversiones que las mismas han hecho en el negocio), pese a ello, sin embargo, pueden producirse pérdidas de bienestar, derivadas bien de un exceso o defecto de inversión (en relación con el nivel óptimo) por parte de los agentes que interactúan, o bien del incremento extraordinario de precios (y la consiguiente reducción del excedente del consumidor) derivado de la posición de monopolio<sup>105</sup>. Así, en concreto, ello sucederá si: 1º) la inversión tiene efectos externos (es decir, no solo sobre la relación entre  $F$  y  $DI$ , sino además también sobre la competitividad de  $DI$  frente a  $D_2, \dots, D_n$ ); 2º) los efectos externos como los internos van en sentido contrario

(es decir, la inversión incrementa el excedente del inversor, pero no la competitividad de la coalición frente a terceros)<sup>107</sup>.

Así, por ejemplo<sup>108</sup>, si un fabricante de automóviles llega a un acuerdo de exclusividad para sus adquisiciones con una empresa proveedora de carrocerías, si el fabricante asume el coste de las inversiones vinculadas a dicho acuerdo (publicidad, servicios a clientes, etc.) y estas solamente tienen efectos internos, en la relación entre fabricante y proveedor (asegurando a este, a la hora de planificar su producción), o bien tienen efectos externos, en la competitividad del fabricante, pero estos son contradictorios con los efectos internos (la publicidad sobre la calidad de las carrocerías de sus vehículos, por ejemplo, tiene efectos positivos para la competitividad del fabricante, pero también incrementa sus costes y le compromete de forma estable con el proveedor), entonces el resultado final será una reducción de bienestar (del excedente agregado): una reducción de las inversiones por parte del fabricante, una elevación de precios y/o reducción de calidad de su producto por parte del proveedor, etc.

También en este caso la evidencia empírica disponible (que, de todas formas, ya se ha señalado que resulta aún insuficiente para ser contundentes al respecto) parecería avalar las conclusiones obtenidas a través del análisis formal<sup>109</sup>.

## 7. Otros objetivos de la gobernanza de los mercados

Hasta aquí llega el consenso: a pesar de ciertas dificultades de determinación en algunos grupos de casos, parece haberlo –como ya he señalado– acerca de

<sup>104</sup> Vid. NORMANN/ SNYDER, 2001, pp. 479, 481-488; LANDEO/ SPIER, 2009, pp. 1863-1868; SMITH, 2011, pp. 7-8; BOONE/ MÜLLER/ SUETENS, 2014, pp. 146-158; HINLOOPEN/ MÜLLER/ NORMANN, 2014, p. 171. Cfr., sin embargo, COOPER/ FROEB/ O'BRIEN/ VITA, 2005, pp. 648-658; CALISKAN/ PORTER/ RASSENTI/ SMITH/ WILSON, 2007, pp. 117-127.

<sup>105</sup> Para el caso de las integraciones verticales entre empresas, vid. HART/ TIROLE, 1990, pp. 228; ORDOVER/ SALONER/ SALOP, 1990, pp. 136-138; BOLTON/ WHINSTON, 1993, pp. 134-136; NOCKE/ WHITE, 2007, p. 1329; REY/ TIROLE, 2007, pp. 2172-2173. Para el caso de los acuerdos de exclusividad, vid. REY/ TIROLE, 1986, pp. 931-932; HART/ TIROLE, 1990, pp. 268-270; REY/ STIGLITZ, 1995, p. 449; REY/ TIROLE, 2007, p. 2177; SEGAL/ WHINSTON, 2000, pp. 612-619; WHINSTON, 2006, pp. 185-186. En relación con los acuerdos de paquetización, NALEBUFF, 2004, p. 181, argumenta que, aunque los mismos ciertamente producen un efecto de exclusión de terceros competidores (y de este modo puede llegar a afectar al bienestar), sin embargo, no dan lugar a ningún efecto de colusión, ninguna reducción directa del excedente agregado, que en cambio tiende a aumentar en estos casos.

<sup>106</sup> Al igual que más arriba se indicó, el caso de los acuerdos sobre precios resulta ser aquí también algo diferente de las restantes restricciones verticales de la competencia, por cuanto que, si bien es cierto que en ocasiones producen un efecto de colusión que afecta negativamente al bienestar (JULIEN/ REY, 2007, pp. 989-995; JEDLICKOVÁ, 2016, pp. 274-277, 281-284), también lo es que en muchos otros casos, por el contrario, su efecto es netamente beneficioso, contribuyendo a la eficiencia: MARVEL, 1994, pp. 69-71; WINTER/ MATHEWSON, 1998, pp. 81-82; MEESE, 2004, pp. 595-611; GUNDLACH/ CANNON/ MANNING, 2010, pp. 391 ss.; BENNETT/ FLETCHER/ GIOVANNETTI/ STALLIBRASS, 2011, pp. 1288-1290.

<sup>107</sup> SEGAL/ WHINSTON, 2000, pp. 612-619; WHINSTON, 2006, pp. 185-186.

<sup>108</sup> El ejemplo está tomado de KLEIN, 1988, pp. 199-204.

<sup>109</sup> NORMANN, 2011, pp. 518-519; HINLOOPEN/ MÜLLER/ NORMANN, 2014, p. 172. En todo caso, obviamente, el análisis que se acaba de presentar sirve únicamente para marcar las líneas generales dentro de las que debería diseñarse una política jurídica razonable, en atención a la lesividad de cada clase de conducta. Pero, por supuesto, para el examen y enjuiciamiento de casos concretos no es suficiente con esto, sino que es preciso comprobar además que los efectos de exclusión y/o –sobre todo– de colusión tienen lugar efectivamente, (contrato por contrato, (inter-)acción por (inter-)acción). Sobre la forma de indagar y probar esta cuestión en el procedimiento, a través del examen del grado de rentabilidad producido por las restricciones a la competencia (*profitability test*), vid. NIELS/ JENKINS/ KAVANAGH, 2016, pp. 115-129.

que la reducción del bienestar social (del excedente agregado), a causa de los acuerdos de restricción vertical de la competencia, es una condición suficiente para que puedan establecerse prescripciones jurídicas de regulación y de control de estas formas de actuación empresarial, de manera que aquellos acuerdos que no conlleven reducción de bienestar no podrían en ningún caso ser regulados, prohibidos o sancionados (cuando menos, como hemos visto, desde la perspectiva de la gobernanza de la competencia en los mercados). La pregunta que hay que hacer, no obstante, es si, además de ser una condición suficiente, resulta también condición necesaria. Es decir, si puede haber otras magnitudes, además del bienestar social, que, por sí solas o acompañando a este, justifiquen la intervención jurídica regulatoria y/o prohibitiva.

En este sentido, existe una importante corriente de opinión teórica (abanderada por la denominada “*escuela de Chicago*”) que ha venido manteniendo que no, que solamente los casos en los que las restricciones a la competencia afectan al bienestar social (= al excedente agregado) justificarían dicha intervención, y que ningún otro objetivo político-jurídico podría justificarla, puesto que en tal caso el resultado final sería económicamente contraproducente<sup>110</sup>.

Sin embargo, pienso que la cuestión no puede ser respondida de manera satisfactoria en términos tan genéricos, sino que, por el contrario, exige un examen más detenido, de los diversos objetivos –diferentes de la maximización del bienestar social– que puede perseguir una regulación jurídica de la competencia. Dicho examen, no obstante, nos acabará conduciendo a la conclusión de que cualquier fundamentación excesivamente unilateral de la gobernanza de la competencia resulta inadecuada: no se compatibiliza bien con los objetivos de política jurídica –múltiples– que, dependiendo de los grupos de casos, puede resultar justificable perseguir a través de la misma<sup>111</sup>.

### 7.1. Perjuicio a los competidores

La primera posibilidad que en este sentido cabe discutir es si la regulación (y, en su caso, la prohibición) de las restricciones verticales a la competencia pue-

de o no justificarse no porque las mismas restrinjan el bienestar social (el excedente agregado), sino por razones de justicia correctiva. En efecto, como más arriba se indicó, un acuerdo de restricción de la competencia entre  $F$  y  $D1$  (un acuerdo de exclusividad, por ejemplo) suele tener externalidades negativas, que perjudican a los competidores de  $D1$  ( $D2, D3, \dots, Dn$ )<sup>112</sup>. ¿Cabría entonces proteger, a través de regulaciones y de prohibiciones jurídicas, los intereses económicos de dichos competidores, aun en detrimento del bienestar social?

Es preciso distinguir, aquí, tres facetas diferentes en dichos intereses:

#### 7.1.1. Reducción del excedente de los competidores

En este primer caso, lo que está en juego es exclusivamente el interés de cada competidor en preservar y aumentar su patrimonio, a través del incremento de la rentabilidad de su actividad empresarial. Es decir, se produce la reducción de aquel excedente del que  $D2$  ó  $D3$  ó...  $Dn$  son capaces de apropiarse en  $m$  (merced a la captura de una parte de la demanda de  $p$  y del nivel de precios que la libre competencia en principio tendería a fijar para dicho producto), reducción debida al acuerdo de restricción suscrito entre  $F$  y  $D1$ .

En ausencia de acuerdos previos entre  $D2, D3, \dots, Dn$  y  $D1$  y/o  $F$  (que sean vueltos ineficaces por el posterior acuerdo de restricción de la competencia  $F$  y  $D1$ ), no se comprende por qué debería aceptarse que, en general, la reducción de los excedentes de los competidores constituya ninguna cuestión de justicia correctiva; menos aún, por qué dicha reducción podría llegar a justificar regulaciones y prohibiciones incluso aunque no se haya producido ninguna reducción del excedente social agregado.

Pues, por una parte, los daños derivados de conflictos de justicia correctiva en principio deben remediarse mediante soluciones de Derecho privado, no de Derecho público (por lo que el recurso a regulaciones y a prohibiciones no resultaría justificado)<sup>113</sup>. Por

<sup>110</sup> BORK, 1966, pp. 429 ss.; BORK, 1993, pp. 54-61, 81-88, 107-110, 110-115, 135-160; POSNER, 1976, pp. 18-22; POSNER, 2001, pp. 23-27; MEESE, 1997, pp. 175 ss.

<sup>111</sup> KLING/ THOMAS, 2016, pp. 18-23; BENEYTO PÉREZ/ TRONCOSO FERRER, 2017, pp. 35-40; EMMERICH/ LANGE, 2018, pp. 2-3.

<sup>112</sup> WHINSTON, 2006, p. 151. En algunas ocasiones se afecta también al excedente agregado (que es el caso menos polémico). En otras, al excedente del consumidor final: sobre esto, vid. infra 7.2. Ahora, no obstante, me concentraré tan solo en el daño a los restantes competidores  $D1, D2, \dots, Dn$ .

<sup>113</sup> Aunque la cuestión precisaría de un examen más profundo, se puede señalar que, en general, allí donde el conflicto entre las partes de una interacción da lugar a que una de las partes vea defraudadas sus expectativas legítimas acerca del comportamiento de

otra parte, en la gran mayoría de casos de acuerdos de restricción de la competencia entre *F* y *DI* no existe siquiera un auténtico conflicto de justicia correctiva, en el sentido estricto de la expresión, puesto que (en ausencia de acuerdos previos con *F* ó con *DI*) los competidores *D2*, *D3*,..., *Dn* no podían albergar racionalmente ninguna expectativa de un comportamiento más benigno para ellos por parte de sus competidores verticales u horizontales<sup>114</sup>.

### 7.1.2. Daño patrimonial al competidor

En este segundo caso, el acuerdo de restricción vertical de la competencia entre *F* y *DI* (un acuerdo sobre precios máximos, por ejemplo) da lugar a la infracción de un deber que bien *F*, bien *DI*, tenían para con *D2*, *D3*,... ó *Dn*.

Esto sucede, por ejemplo, si *F*, antes de contratar con *DI*, había llegado previamente con *D2* a otro acuerdo sobre precios mínimos, en el que, sin embargo, se establecía un nivel de precios para *p* en *m* mucho más elevado que el precio máximo previsto en el segundo acuerdo. Con el evidente riesgo de que los consumidores acudan a comprar sus unidades de *p* a *DI* y no a *D2*, y en perjuicio de este último, por consiguiente.

las restantes, existe un problema de justicia correctiva (de desequilibrio injustificado en la interacción, que genera obligaciones de reparación del daño sufrido por quien se ve defraudado): WEINRIE, 2017, pp. 89 ss. En principio, los problemas de justicia correctiva deben resolverse a través de los remedios propios del Derecho privado: remedios dirigidos (principalmente) a reintegrar, en lo posible, al sujeto defraudado a la situación previa a la defraudación de expectativas o, cuando menos (cuando ello no es posible), a la situación de seguridad en la efectividad de sus derechos subjetivos (FISCHER, 2014, p. 1-3; REGLERO CAMPOS/ PEÑA LÓPEZ, 2014; RIPSTEIN, 2016, pp. 235 ss.); y remedios que están disponibles tan solo en tanto que poderes otorgados al perjudicado para que pueda, si así lo desea (pero solamente si lo desea), reclamar la reparación (ZIPURSKY, 2003, pp. 733-738).

<sup>114</sup> También la cuestión del concepto de daño reparable exigiría un desarrollo más detenido, pero, a los efectos que ahora nos interesan, baste con decir que el daño existe siempre que una expectativa de conducta de terceros puede ser albergada legítimamente por el agente, en tanto que dicha conducta no es solo una posibilidad fáctica, sino un compromiso normativamente asumido por parte del tercero (bien por imposición normativa, o bien en virtud de un acuerdo voluntario): MACCORMICK, 1977, pp. 177-183; LARENZ/WOLF, 2004, pp. 243-244, 511-512. De este modo, allí donde el compromiso no existe, no hay tampoco daño en sentido jurídico. (Aunque, desde luego, pueda haberlo desde el punto de vista económico. Pero este solo será relevante si afecta al excedente agregado o —como veremos a continuación— por razones de justicia distributiva o de justicia política.)

La infracción del deber puede fundarse bien — como en el ejemplo— en un acuerdo voluntario entre las partes, o bien en una actuación unilateral de una de ellas. En todo caso, lo decisivo es que la actuación defraude las expectativas legítimas de la otra parte, se deriven estas de una promesa específica (infracción de un deber relacional) o de normas generales de comportamiento conforme al rol (infracción de deberes generales, no relacionales).

Es evidente que en estos supuestos sí que existe un conflicto de justicia correctiva. Sin embargo, como ya se señaló, ello, por sí solo, no justifica necesariamente una intervención jurídica coercitiva, a través de regulaciones y/o de prohibiciones, sino tan solo —en su caso— una intervención a través de los remedios jurídicos propios del Derecho privado (otorgando poderes jurídicos a la parte de la interacción que se ha visto perjudicada por la infracción del deber)<sup>115</sup>.

Es cierto, no obstante, que puede haber algunos grupos de casos en los que la aparición del daño obedezca no solo a un incumplimiento de las expectativas legítimas que *D2*, *D3*,..., *Dn* albergaban respecto del comportamiento de *F* o de *DI*, sino además a la concurrencia de algún factor adicional, que podría llegar a justificar la intervención estatal (por existir una necesidad específica de prevención), a través de regulaciones y de prohibiciones

Así, por ejemplo: la durabilidad o masividad del daño, la intensidad de la infracción del deber por parte del inculpidor, la intencionalidad de su acción,...

<sup>115</sup> Otra vez, se trata de una cuestión que ha de ser fundamentada con mayor detenimiento. En todo caso, aquí se está partiendo de la idea de que, como regla general, el objetivo justificable del Derecho público (tanto del regulador como del sancionador) es la prevención de conductas (de manera coercitiva, por parte del Estado), no la reparación de daños (que, recuérdese, en el Derecho privado es siempre un mero poder en manos del perjudicado, de uso facultativo). Y de que dichos objetivos preventivos no tienen por que concurrir siempre que existe un daño a una de las partes de la interacción, sino tan solo cuando existan además determinadas circunstancias adicionales (vid., una primera aproximación en REIFF, 2005, pp. 45 ss.; STOBER, 2015, pp. 11, 229; HAACK, 2019, pp. 68-73). Desde luego, ello contradice la visión más clásica de la escuela del “análisis económico del Derecho” (la representada, por ejemplo, por SHAVELL, 2004, pp. 195 ss.; o por POSNER, 2007, pp. 160 ss., 271 ss.), que tiende a entremezclar en una misma concepción extremadamente instrumentalista del Derecho todos los sectores del ordenamiento, tendiendo además a confundir las funciones fácticamente cumplidas por las normas e instituciones con los objetivos cuya persecución podrían justificarlas (PAPAYANNIS, 2014, pp. 361-380). y favorece en cambio una concepción diferenciadora, que atribuye objetivos (justificables) diferentes a cada uno de ellos.

### El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia

En supuestos así, hay que preguntarse si podría llegar a estar justificada la imposición de regulaciones y/o de prohibiciones a acuerdos de restricción vertical de la competencia que no reducen el bienestar social (que incluso pueden llegar a incrementarlo), con el fin de proteger a los competidores frente al daño patrimonial así causado.

Ejemplo: *F* llega a un acuerdo sobre precios máximos con *D1*, en detrimento del acuerdo previo sobre precios mínimos que había suscrito con *D2*, a quien había engañado con una promesa de no llegar a acuerdos con otros distribuidores; reduciendo así sustancialmente las ventas de *p* que puede realizar éste (y, por consiguiente, la rentabilidad de su empresa). Y lo hace, justamente, con el fin de intentar poner en riesgo la viabilidad económica de *D2*, uno de los distribuidores de *p*: por ejemplo, porque *D2* comercializa, además de *p*, algún otro producto que compite con *p*, y en mejores condiciones que éste.

En casos como este (restricción a la competencia mediante acuerdo que causa un daño a una tercera empresa, siempre que la acción dañosa revista determinados caracteres –conspiración, engaño, etc.– que podría justificar una intervención con fines preventivos), puede llegar a producirse una colisión entre el interés en maximizar el bienestar social (el excedente agregado) y el interés en evitar conductas dañosas de una cierta naturaleza (de colusión, de engaño, etc.). En efecto, si la conducta dañosa de *F* produce una reducción de bienestar social, entonces no cabe duda de que la intervención coercitiva mediante regulaciones y prohibiciones podría llegar a estar justificada. Sin embargo, la solución no resulta tan clara en los casos en los que la conducta de *F*, aun produciendo daño a *D2*, y pese a revestir características que podrían volver justificable la prevención frente a la misma (mediante regulaciones, prohibiciones y sanciones), no afecta al excedente agregado, o incluso lo aumenta.

Esto puede suceder, por ejemplo, si los acuerdos de restricción vertical de la competencia (los acuerdos sobre precios mínimos y máximos suscritos por *F*, respectivamente, con *D2* y *D1*) van dirigidos a proteger el valor de una marca renombrada<sup>116</sup>, garantizando a los potenciales demandantes de *p* que el producto que adquieren es de la calidad y porta los signos distintivos deseados,

favoreciendo así el consumo de los demandantes que se sienten motivados por la marca (al atribuir a *p* la condición de bien posicional: un determinado modelo de ordenador personal, por ejemplo, conocido por su elevada calidad)<sup>117</sup> y el desarrollo de la eficiencia empresarial de *F* para producir productos de alta calidad para un determinado segmento de mercado. Y aumentando de esta forma el excedente agregado.

En mi opinión, en estos casos dudosos no cabe dar una respuesta única a la pregunta de si debe o no intervenir, regulando y/o prohibiendo este tipo de acuerdos de restricción de la competencia, sino que hay que reconocer que deberá ser la valoración (político-jurídica) de los intereses preponderantes en cada grupo de casos los que determinen si la intervención jurídico-pública está justificada o si, por el contrario, hay que conformarse con los remedios propios del Derecho privado (dirigidos exclusivamente a compensar el daño causado a *D2*, pero no a evitar nuevos casos de acuerdo restrictivo de la competencia que perjudique a otros competidores).

Así, por ejemplo, puede suceder que en el ámbito de un determinado sector productivo (pongamos por caso, el de la tecnología electrónica) el interés preponderante sea el fomento del desarrollo tecnológico y de la producción de productos de alta calidad. En tal caso, el interés en evitar conductas dañosas para competidores, si con ello no se produce ninguna reducción del bienestar social, debería ceder. En cambio, en otros sectores productivos (pongamos: el de la cerveza) puede no existir tal interés de política industrial y, debido a ello, podría llegar a justificarse la prohibición de dichos acuerdos de restricción vertical de la competencia, aun si con ello se reduce algo –pero no muchísimo– el excedente agregado.

#### 7.1.3. Política industrial: protección de la diversidad empresarial

El caso acabado de examinar suscita una cuestión más general: ¿resulta justificable la intervención, mediante regulaciones o prohibiciones, frente a acuerdos de restricción de la competencia que, aunque no afecten al excedente agregado, causan daños a los

<sup>117</sup> En PAREDES CASTAÑÓN, 2005, me ocupé ya de estudiar la forma en la que los signos distintivos –y, en especial, las marcas comerciales– operan en el contexto de una economía de consumo dominada por el *branding* (creación del valor de marca).

<sup>116</sup> AHLERT/ SCHEFER, 2013, pp. 10 ss.

competidores, si se hace para proteger cualquier otro interés de política industrial? Y, en concreto, ¿resulta justificable hacerlo para preservar un cierto grado de pluralidad de oferentes en un determinado mercado, o a los oferentes económicamente más débiles frente a los más fuertes?<sup>118</sup>

El problema que se plantea es, en definitiva, si resulta o no razonable que la gobernanza política (y jurídica) de los mercados pretenda oponerse a la lógica económica allí donde en un determinado sector de actividad productiva, por tratarse de un monopolio natural<sup>119</sup> o, más en general, por existir en ella notables de economías de escala<sup>120</sup>, la solución económicamente más eficiente (la que maximiza el bienestar social) pasa por la concentración empresarial.

Así ocurre, por ejemplo, en actividades productivas con costes de entrada muy elevados (por requerir una inversión en bienes de capital muy significativa) que no pueden ser rentabilizados más que a largo plazo: la producción de energía eléctrica es un caso de este tipo, en muchas situaciones.

En este caso, me parece evidente que es preciso distinguir entre la acción jurídica regulatoria y la acción jurídica prohibitiva y sancionadora. Pues, mientras no parece haber duda alguna de que un mercado que se caracterice por su elevado grado de concentración empresarial (es decir, por una situación de monopolio o de oligopolio en el lado de la oferta) necesita en alto grado una intervención estatal orientada a regular el comportamiento de las empresas monopolistas u oligopolistas, en cambio, resulta más dudoso que la estructura concentrada del mercado justifique la prohibición de conductas restrictivas de la competencia allí donde no exista reducción alguna del excedente agregado, del bienestar social.

En este sentido, creo que solamente hay dos razones por las que cabe defender que la estrategia de gobernanza de los mercados pueda entrar en contradicción con el principio económico de eficiencia, persiguiendo y sancionando los acuerdos de restricción

de la competencia (cuando estos no causan daños a terceros competidores) incluso cuando ello vaya en detrimento del bienestar social.

## *a) justicia distributiva*

En primer lugar, por razones de justicia distributiva<sup>121</sup>. Pues en ocasiones ocurre que un determinado sector de la actividad productiva y un determinado mercado no cumplen solamente funciones económicas (de producción y distribución de bienes y servicios), sino también otras funciones sociales.

Así, por ejemplo, hay sociedades en las que determinadas formas de agricultura o de artesanía son decisivas para arraigar población, para el empleo de ciertas capas sociales, etc.

En estos supuestos, cabe defender que otros objetivos de política social puedan llegar a predominar sobre el interés en maximizar el excedente económico agregado. Es cierto que, en puridad, una estrategia de gobernanza de la competencia en los mercados debería perseguir objetivos estrictamente económicos. No obstante, lo cierto es que el universo de la política (y también el de la política jurídica) jamás es el universo de los conceptos puros, sino que es el espacio de los compromisos, las soluciones menos malas y las alternativas de acción posibles. Es decir, hay situaciones en las que intervenir en un determinado mercado, mediante prohibiciones (de acuerdos restrictivos de la competencia), puede resultar justificable si ello promueve la justicia distributiva, aun al precio de reducir –en alguna medida– el bienestar social global.

Piénsese, por ejemplo, en la siguiente situación: una norma jurídica prohíbe que un fabricante  $F$  llegue a acuerdos de exclusividad con determinados distribuidores  $D_1, \dots, D_n$ , para la distribución de su producto  $p$  en  $m$ , porque existe un gran grupo de distribuidores  $D_{n+1}, \dots, D_{n+x}$ , que pertenecen a una capa social empobrecida (ciertamente, mucho más pobre que aquella a la que pertenecen  $D_1, \dots, D_n$ ) y cuyo único recurso de empleo pasa por ser (de un modo económicamente sostenible) vendedores en  $m$ .

<sup>118</sup> MOTTA, 2004, pp. 22-23, 28-30.

<sup>119</sup> Existe un monopolio natural en aquel sector de la actividad productiva en el que una sola empresa puede producir toda la oferta del mercado a un coste menor del aquel en el que incurriría una pluralidad de empresas: PERLOFF, 2018, p. 406.

<sup>120</sup> Existen economías de escala si a medida que aumenta la cantidad producida disminuye el coste medio de producción: PERLOFF, 2018, p. 256.

<sup>121</sup> MOTTA, 2004, pp. 24-27. Sobre el concepto de justicia distributiva que aquí se defiende, vid. PAREDES CASTAÑÓN, 2013, pp. 268-275.

Ciertamente, se trata de una situación excepcional, que no debería llegar a producirse (porque las políticas sociales y económicas deberían evitar que tal situación de precariedad existiese). Pero, en el universo de la política real, no cabe excluir que situaciones de esta índole se produzcan, y tengan que ser tomadas en consideración a la hora de definir la estrategia de gobernanza de los mercados.

Por supuesto, lo único que cabe advertir aquí es que tales necesidades de justicia distributiva podrían llegar a justificar, desde un punto de vista moral, la intervención regulatoria y prohibitiva en dichas situaciones. Ahora bien, en todo caso es preciso siempre llevar luego a cabo un análisis de racionalidad instrumental de las alternativas de intervención disponibles. Con lo que puede ocurrir que, aun resultando justificable en principio la intervención, existan, para afrontar los retos de justicia distributiva suscitados, fórmulas de gobernanza (impuestos, subvenciones, incentivos, etc.) que sean mejores desde un punto de vista instrumental: más viables, más eficaces, más eficientes. Algo que, desde luego, no es posible excluir, cuando de perseguir objetivos de estricta naturaleza monetaria, como es el caso<sup>122</sup>.

### b) justicia política

En segundo lugar, la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia puede fundarse a veces en razones de naturaleza estrictamente política: relativas a la distribución del poder político dentro de la sociedad<sup>123</sup>. En efecto, dado que la perspectiva estrictamente económica acerca de la estructura de los mercados no deja de ser una abstracción (puesto que, en realidad, los mercados con —como ya se señaló— espacios de interacción social, que se integran en la sociedad), puede ocurrir que la estructura monopolística u oligopolística de algunos mercados no produzca efectos exclusivamente en el plano económico (sobre

los precios, las cantidades producidas, la innovación tecnológica, el excedente agregado, etc.), sino que los tenga también en el ámbito político. En concreto, existe siempre el riesgo (riesgo que se ha comprobado, en muchas ocasiones y lugares, que era muy real) de que una empresa monopolista o un conjunto de empresa oligopolistas, cuando ocupan un sector de la actividad económica lo suficientemente central desde el punto de vista funcional para la sociedad, tengan la oportunidad de llevar a cabo operaciones de captura de los entes reguladores: del Poder Legislativo, de la Administración Pública y aun de los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, encargados de regular y supervisar sus actuaciones<sup>124</sup>.

Este potencial riesgo político de los monopolios y oligopolios no puede, desde luego, ser despreciado, aunque ciertamente no aparece en todos los casos por igual, sino que depende particularmente de cuál sea el grado de centralidad del mercado de que se trate en la vida social. En todo caso, puede ocurrir en ocasiones que la estrategia de gobernanza de los mercados tenga que tener en cuenta dicho riesgo e incorporar acciones (la prohibición, por ejemplo, de ciertos acuerdos restrictivos de la competencia) aun cuando ello vaya en detrimento del excedente agregado. Pues, como ya indiqué antes, si bien es cierto que en una concepción purista de gobernanza de los mercados solamente los factores de naturaleza económica deberían ser tomados en consideración, lo cierto es que la realidad social de los monopolios resulta en ocasiones mucho más polifacética y demanda una respuesta política consiguiente<sup>125</sup>.

Así, parece plausible defender que el riesgo de captura de las agencias reguladoras resulta inaceptable, por ejemplo, en el caso del sector bancario, dada la centralidad de este sector en la actividad económica y, en general, en el funcionamiento de la sociedad. Y que, por ello, puede que acuerdos restrictivos de la competencia que, sin embargo, no reducen el bienestar social (por ejemplo, una fusión entre un gran banco internacional y una caja de ahorros regional, que mejora la eficiencia económica de los servicios financieros que proporcionan ambos a los clientes de un determinado ámbito geográfico)

<sup>122</sup> La razón tiene que ver con el hecho de que muchas veces los equilibrios de interacción posibles en un mercado no son únicos, de manera que, partiendo de una asignación inicial de recursos, no siempre es posible conocer cuál será el efecto distributivo final que las interacciones de mercado producirán: ARROW/ HAHN, 1971, pp. 95, 207 ss. Razón —entre otras— por la que, en general, suele ser más racional desde el punto de vista instrumental perseguir los objetivos legítimos de justicia distributiva a través de acciones de gobernanza distintas de la limitación de la libertad de acción de los agentes económicos.

<sup>123</sup> MOTTA, 2004, p. 27. Sobre el concepto de justicia política que subyace al análisis expuesto en este apartado, vid. PETTIT, 2015.

<sup>124</sup> LAFFONT/ TIROLE, 1991; LAFFONT/ TIROLE, 1993, pp. 475-514.

<sup>125</sup> Un movimiento antimonopolios por razones políticas (no meramente económicas) ha estado siempre mucho más presente en la tradición política norteamericana que en la europea: vid. un ejemplo reciente en LYNN, 2010.

puedan y deban ser prohibidos. Algo que, desde luego, no valdría si estuviésemos hablando de esos mismos acuerdos en el sector juguetero...

## 7.2. Excedente del consumidor

En principio, el objetivo de la gobernanza de las interacciones competitivas en los mercados no es proteger *específicamente* al consumidor: esto es, no se trata de proteger los intereses económicos (el excedente) del grupo de consumidores individuales  $C1, C2, \dots, Cn$ , que están presentes –en tanto que demandantes potenciales de  $p$ - en  $m$ <sup>126</sup>, sino la maximización del excedente agregado<sup>127</sup>. De manera que aquellos acuerdos restrictivos de la competencia que afectan al excedente de los consumidores (elevando, por ejemplo, los precios de  $p$  en  $m$ ), si producen efectos beneficiosos sobre el bienestar social (por ejemplo, porque, a causa de las economías de escala, la eficiencia global del proceso de producción de  $p$  mejora, de manera que el excedente agregado es mayor, aun cuando una parte mayor del mismo quede en manos de  $F$  y de  $DI$ ), no justificarían una intervención regulatoria.

Así, por ejemplo, si  $F$  y  $DI$  operan en el sector de los automóviles de alta gama y, con el fin de preservar el valor de marca de  $p$ , y para discriminar mejor en los precios (en atención a las características de los demandantes potenciales presentes en dicho mercado –un grupo de, digamos, profesionales acaudalados con deseo de hacer ostentación), llegan a un acuerdo de exclusividad y sobre el precio mínimo de venta final de  $p$ , ello puede llevar a un incremento de las ventas de  $p$  (con la consiguiente reducción del coste unitario de producción) y, en definitiva, a un incremento del excedente de los productores que compense con mucho la reducción consiguiente en el excedente de los consumidores. Y, sin embargo, no se comprende por qué los intereses de esos consumidores acaudalados tendrían que ser objeto de protección

específica en la gobernanza de los mercados, si todos sus derechos han estado garantizados<sup>128</sup>.

Es cierto, sin embargo, que cabría pensar en situaciones en las que razones de justicia distributiva podrían alterar este análisis. De manera que, como más arriba se señaló, puede ocurrir en ocasiones que el objetivo de maximizar el excedente agregado deba sacrificarse a estas consideraciones.

Así ocurriría, por ejemplo, si la reducción significativa en el excedente del consumidor, a causa de los acuerdos restrictivos de la competencia (de un acuerdo de exclusividad y precios mínimos, por ejemplo, entre  $F$  y  $DI$ ), tuviese lugar en un mercado de bienes de primera necesidad (alimentos, por ejemplo) y afectase de manera desproporcionada a los grupos sociales más pobres.

No obstante, al igual que se advirtió más arriba, advertir que tales necesidades de justicia distributiva podrían llegar a justificar, desde un punto de vista moral, la intervención regulatoria y prohibitiva en dichas situaciones no significa necesariamente considerar tal intervención racional en términos instrumentales. Análisis este, el de la viabilidad, eficacia y eficiencia de la intervención, que deberá ser realizado caso por caso, y que no siempre conducirá a la conclusión de que la misma esté justificada.

## 7.3. ¿“Competencia desleal”?

En mi opinión, hasta aquí llegan los objetivos que – como hemos visto, dependiendo del caso- puede resultar justificable perseguir a través de la intervención reguladora y del Derecho prohibitivo en el ámbito de la interacción competitiva entre empresas en los mercados; y, más específicamente, en el de los acuerdos

<sup>126</sup> La matización es importante: como más arriba se vio, nadie discute que la gobernanza de los mercados debe buscar la maximización del bienestar social, esto es, del excedente agregado, compuesto por el excedente de todos los consumidores ( $C1, C2, \dots, Cn$ ) presentes en  $m$ , más el excedente de todos los oferentes que intervienen en dicho mercado (por  $F$  y por  $D1, D2, \dots, Dn$ ). La cuestión que ahora se plantea es otra: ¿cabe perseguir, a través de la gobernanza de los mercados, la maximización del excedente de los consumidores, aun cuando ello vaya produzca una reducción del excedente agregado, del bienestar social global?

<sup>127</sup> MOTTA, 2004, pp. 19-22.

<sup>128</sup> Pues, por supuesto, si los derechos de los consumidores no hubiesen quedado garantizados, entonces nos encontraríamos en otro supuesto, que más arriba (supra 7.1) se examinó ya: el caso en el que un acuerdo restrictivo de la competencia produce un daño (en el sentido estricto, jurídico, de la expresión: defraudación de expectativas legítimas de terceros acerca del comportamiento de  $F$  y de  $DI$ ) a terceros, que deberá ser compensado. Así ocurriría, por ejemplo, si el acuerdo entre  $F$  y  $DI$  sobre precios mínimos de venta final de ese automóvil de alta gama violase contratos previos entre  $DI$  y el consumidor  $Cn$ . En tal supuesto, se justifica, desde luego, la intervención jurídica: cuando menos, a través de remedios de Derecho privado, si no –como ya vimos, en determinadas condiciones- del Derecho regulador y prohibitivo.

verticales que entre ellas se concluyen para restringir la competencia.

Quiere ello decir que cualquier otro objetivo distinto de los que aquí se han expuesto (señaladamente, la maximización del bienestar social, del excedente agregado, pero también, en algunas ocasiones, la protección de terceros frente a daños y/o determinados objetivos de justicia distributiva y/o de control del poder político de los monopolios) debería quedar fuera de consideración, por no ser capaces de justificar suficientemente una intervención del Derecho público en las interacciones de mercado entre las empresas.

La conclusión posee, me parece, especial relevancia a la hora de analizar el valor que en este ámbito puede o no tener un concepto tan empleado como vago: el de “*competencia desleal*”. En efecto, no es infrecuente encontrarse (en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina) afirmaciones que evocan la idea de “*leal competencia*” como fundamento último de la intervención coercitiva por parte del Estado para regular y prohibir acuerdos entre empresas que restringen la competencia. Ello, en ocasiones, no es sino una manera de intentar expresar (acaso no muy felizmente) que la justificación de la normativa jurídica en materia de competencia obedece a alguno o a varios de los intereses que se han ido examinando ya: así, serían conductas contrarias al deber de “*leal competencia*” aquellas que perjudican el bienestar social, aquellas que causan daño a terceros, etc. La cuestión, sin embargo, resulta mucho más preocupante cuando, como ocurre otras veces, se pretende otorgar a dicho concepto una sustancialidad propia y diferenciada de los objetos de protección que hasta aquí se han analizado: cuando se entiende que una empresa que, con su conducta restrictiva de la competencia, en nada afecta al excedente agregado, no causa daño a terceros (no, al menos, en sentido jurídico estricto), no perjudica a la justicia distributiva ni crea riesgo político alguno de captura de los reguladores, pese a ello, debe ser sancionada por haber realizado conductas económicamente racionales, pero contrarias a la “lealtad”, “equidad”, etc.

En realidad, la cuestión que se discute es si la interdicción del moralismo como justificación de la intervención coercitiva del Estado en la interacción social (a través del Derecho regulador y del Derecho prohibitivo y sancionador) ha de extenderse también a la gobernanza de los mercados. Pues, de acuerdo

con lo visto, allí donde no hay afectación al bienestar social ni daño a terceros (y en ausencia además de razones de justicia distributiva, de protección del sistema político o de los derechos –que no del excedente– de los consumidores), no se comprende qué otra razón podría haber para prohibir a una empresa que lleve a cabo una conducta económicamente racional, que aumenta incluso el bienestar social, por más que pueda perjudicar a sus consumidores (sin causar daño en sentido jurídico), que la prohibición de una conducta inmoral.

Así, en efecto, no se comprende por qué razón debería prohibirse a un fabricante  $F$  llegar con uno de sus distribuidores,  $D1$ , a un acuerdo de distribución exclusiva y precios máximos de venta del producto  $p$  en un determinado mercado  $m$ , aunque ello perjudique a otros distribuidores, y aun los expulse del mercado (porque  $p$  es mejor producto que los –imperfectamente sustitutivos de  $p$ – que ellos venden, y además a un precio más barato), si ello significa un aumento del excedente agregado (ningún consumidor final sufre reducción de su excedente, el coste unitario de producción de  $p$  disminuye significativamente y el excedente apropiado por  $F$  y por  $D1$  supera con mucho el excedente que  $D2, \dots, Dn$  pierden como consecuencia) y no existen razones de justicia distributiva ni de riesgo político que hagan peligroso dicho acuerdo. ¿Por qué, por ejemplo, habría que proteger a los distribuidores de coches de alta gama frente a sus competidores más eficientes?

Si esto es así, entonces el concepto de “*competencia desleal*” debería ser también definido (no de manera lexicográfica, sino) de forma estipulativa: como otro modo –vago– de expresar lo que la ciencia económica permite definir de un modo mucho más preciso: principalmente (en ausencia de circunstancias especiales: daño a terceros, problema distributivo, riesgo político), a través de los efectos que la limitación de la entrada de potenciales competidores en el mercado, o la colusión entre empresas que participan (verticalmente) en el mismo mercado, pueda llegar a producir sobre el bienestar social (entendido, en sentido económico estricto, como excedente agregado). Cualquier otra prohibición de conductas restrictivas de la competencia –señaladamente, de restricciones verticales, las aquí examinadas– carecería en todo caso de una justificación político-criminalmente convincente.

## Bibliografía

- ADLER, M. D. (2019): *Measuring Social Welfare. An Introduction*, Oxford, Oxford University Press.
- AGHION, P./ BOLTON, P. (1987): *Contracts as a Barrier to Entry*, *American Economic Review*, 77, 388-401.
- AHLERT, D. / SCHEFER, B. (2013): *Vertical Price Coordination and Brand Care*, Heidelberg/ New York/ Dordrecht/ London, Springer.
- ARAÚJO, M. (2017): *Prohibición de prácticas colusorias (IV): Acuerdos verticales*, en Beneyto, José María/ Maillo, Jerónimo (dtors.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, vol. 1, 2ª ed., Barcelona, Wolters Kluwer, 393-428.
- ARCHER, M. S. (1995): *Realist Social Theory: The Morphogenetic Approach*, Cambridge, Cambridge University Press.
- AREEDA, P./ KAPLOW, L./ EDLIN, A. (2013): *Antitrust Analysis*, 7ª ed., New York, Wolter Kluwer.
- ARMENTANO, D. T. (2007): *Antritrust: The Case for Repeal*, 2ª ed., Auburn, Ludwig von Mises Institute.
- ARROW, K. J./ HAHN, F. H. (1971): *General Competitive Analysis*, Amsterdam, North Holland.
- ARROW, K. J. (1963): *Social Choice and Individual Values*, 2ª ed., New York/ London/ Sydney, Wiley.
- ARROW, K. J. (1973): *Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice*, *The Journal of Philosophy*, 70, 245-263.
- ASKER, J./ BAR-ISAAC, H. (2011): *Exclusionary Minimum Resale Price Maintenance*, NYU Working Paper No. 2451/31609.
- ASPERS, P. (2011): *Markets*, Cambridge/ Malden, Polity.
- BAIRD, D. G./ GERTNER, R. H./ PICKER, R. C. (1994): *Game Theory and the Law*, Cambridge/ London, Harvard University Press.
- BENEYTO PÉREZ, J. M./ TRONCOSO FERRER, M. (2017): *Objetivo, evolución y perspectivas del Derecho de la Competencia*, en Beneyto, José María/ Maillo, Jerónimo (dtors.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, vol. 1, 2ª ed., Barcelona, Wolters Kluwer, 33-58.
- BENNETT, M./ FLETCHER, A./ GIOVANNETTI, E./ STALLBRASS, D. (2011): *Resale Price Maintenance: Explaining the Controversy, and Small Steps Towards a More Nuanced Policy*, *Fordham International Law Journal*, 33, 1277-1299.
- BERGSON, A. (1975): *A Note on Consumer's Surplus*, *Journal of Economic Literature*, 13, 38-44.
- BERNHEIM, B. D./ WHINSTON, M. D. (1998): *Exclusive Dealing*, *Journal of Political Economy*, 106, 64-103.
- BOADWAY, R. W./ BRUCE, N. (1984): *Welfare Economics*, Oxford, Basil Blackwell.
- BOESCHE, K. V. (2016): *Wettbewerbsrecht*, 5ª ed., Heidelberg, C. F. Müller.
- BOLTON, P./ DEWATRIPONT, M. (2005): *Contract Theory*, Cambridge/ London: MIT Press.
- BOLTON, P./ WHINSTON, M. D. (1991): *The "Foreclosure" Effect of Vertical Mergers*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 147, 207-226.
- BOLTON, P./ WHINSTON, M. D. (1993): *Incomplete Contracts, Vertical Integration, and Supply Assurance*, *Review of Economic Studies*, 60, 121-148.
- BOONE, J./ MÜLLER, W./ SÜETENS, S. (2014): *Naked Exclusion in the Lab: The Case of Sequential Contracting*, *Journal of Industrial Economics*, 62, 137-166.
- BORK, R. (1954): *Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception*, *University Of Chicago Law Review*, 22, 157-201.
- BORK, R. (1966): *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Part II*, *Yale Law Journal*, 75, 373-475.
- BORK, R. H. (1993): *The Antitrust Paradox* (2ª ed.), New York: Free Press.
- BOUDREAUX, D. J. (2017): *Antitrust and competition from a market-process perspective*. En T. Zywicki/ P. J. Boettke (eds.), *Research Handbook on Austrian Law and Economics*, Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar, 278-295.
- BOWMAN JR., W. S. (1957): *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, *Yale Law Journal*, 67, 19-36.
- BUCHANAN, J. M. (1969): *External Diseconomies, Corrective Taxes, and Market Structure*, *The American Economic Review*, 59, 174-177.
- BURT, R. S. (1995): *Structural Holes. The Social Structure of Competition*, Cambridge/ London: Harvard University Press.
- CALISKAN, A./ PORTER, D./ RASSENTI, S./ SMITH, V. L./ WILSON, B. J. (2007): *Exclusionary Bundling*

- and the Effects of a Competitive Fringe. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163, 109-132.
- CAMERER, C. (1995): *Individual Decision Making*. En J. H. Kagel/ A. E. Roth (eds.), *The Handbook of Experimental Economics*. Princeton/ Oxford: Princeton University Press, 587-703.
- CARLTON, D. W./ WALDMAN, M. (2002): *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*. *RAND Journal of Economics*, 33, 194-220.
- COOPER, J. C./ FROEB, L. M./ O'BRIEN, D./ VITA, M. G. (2005): *Vertical antitrust policy as a problem of inference*. *International Journal of Industrial Organization*, 23, 639-664.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1997): *Neoliberalismo y Estado*. *Pensamiento Constitucional*, 4, 31-36.
- DEAN, M. (2010): *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*, 2ª ed. London/ Thousand Oaks/ New Delhi/ Singapore: Sage.
- DELEON, P. (2006): *The Historical Roots of the Field*. En M. Moran/ M. Rein/ R. E. Goodin (eds.): *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford: Oxford University Press, 39-57.
- DIRECTOR, A./ LEVI, E. H. (1956): *Law and the Future: Trade Regulation*. *Northwestern University Law Review*, 51, 281-296.
- DIXIT, A. K. (2018): *Economic Governance*. En *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed. London: Palgrave Macmillan, 3289-3299.
- EASTERBROOK, F. H. (1984): *Limits of Antitrust*. *Texas Law Review*, 63, 1-40.
- EKELUND, R. B., Jr./ HÉBERT, R. F. (2014): *A History of Economic Theory/ Method*, 6ª ed. Longrove: Waveland.
- EMMERICH, V./ LANGE, K. W. (2018): *Kartellrecht*, 14ª ed. München: C. H. Beck.
- FAMA, E. F./ JENSEN, M. C. (1983): *Separation of Ownership and Control*. *Journal of Law and Economics*, 26, 301-325.
- FISCHER, J. M. (2014): *Understanding Remedies*, 3ª ed. Durham: Carolina Academic Press.
- FISKE, A. P. (1991): *Structures of Social Life*. New York/ London: Free Press.
- FOUCAULT, M. (1999): *La "gubernamentalidad"*. En M. Foucault, *Estética, ética y hermenéutica*, trad. A. Gabilondo. Barcelona: Paidós, 175-198.
- FUDENBERG, D./ TIROLE, J. (1991): *Game Theory*. Cambridge/ London: MIT Press.
- GALINDO MARTÍN, M. A.: *John Maynard Keynes*. En L. Perdices de Blas (ed.), *Historia del pensamiento económico*. Madrid: Síntesis, 451-479.
- GALLINI, N. T./ WINTER, R. A. (1983): *On Vertical Control in Monopolistic Competition*. *International Journal of Industrial Organization*, 1, 275-286.
- GINTIS, H. (2009): *Game Theory Evolving*, 2ª ed. Princeton/ Oxford: Princeton University Press.
- GIOVANETTI, E./ MAGAZZINI, L. (2013): *Resale Price Maintenance: An Empirical Analysis of UK Firms' Compliance*. *Economic Journal*, 123, F582-F595.
- GREEN, J. R./ Laffont, J.-J. (1979): *Incentives in Public Decision-Making*. Amsterdam: North Holland.
- GUNDLACH, G. T./ CANNON, J. P./ MANNING, K. C. (2010): *Free riding and resale price maintenance: Insights from marketing research and practice*. *The Antitrust Bulletin*, 55, 381-422.
- HAACK, S. (2019): *Theorie des öffentlichen Rechts*, vol. II. Tübingen: Mohr Siebeck.
- HART, O./ TIROLE, J. (1990): *Vertical Integration and Market Foreclosure*. *Brookings Papers on Economic Activity – Microeconomics*, 21, 205-286.
- HART, O. D. (1983): *The Market Mechanism as an Incentive Scheme*. *The Bell Journal of Economics*, 14, 366-382.
- HARVEY, D. (2003): *El nuevo imperialismo*, trad. J. M. Madariaga. Madrid: Akal.
- HARVEY, D. (2007): *Breve historia del neoliberalismo*, trad. A. Varela Mateos. Madrid: Akal.
- HAYEK, F. A. (1967): *The principles of a liberal social order*. En F. Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (pp. 160-177). Chicago: University of Chicago Press.
- HAYEK, F. A. (2003): *La contrarrevolución de la ciencia*, trad. J. Gómez Ruiz. Madrid: Unión Editorial.
- HINLOOPEN, J./ MÜLLER, W./ NORMANN, H.-T. (2014): *Output commitment through product bundling: Experimental evidence*. *European Economic Review*, 65, 164-180.
- IPPOLITO, P. M. (1991): *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation*. *Journal of Law/ Economics*, 34, 263-294.
- JEDLICKOVÁ, B. (2016): *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar.

- JEHLE, G. A./ RENY, P. J. (2011): *Advanced Microeconomic Theory*, 3ª ed. Harlow: Pearson.
- JULLIEN, B./ REY, P. (2007): *Resale Price Maintenance and Collusion*. RAND Journal of Economics 38, 983-1001.
- JUST, R. E./ HUETH, D. L./ SCHMITZ, A. (2004): *The Welfare Economics of Public Policy*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar.
- KATZ, M./ ROSEN, H./ MORGAN, W. (2006): *Microeconomía intermedia*, 2ª ed., trad. G. Trinidad Deocón., Madrid: McGraw Hill.
- KELLEY, H. H./ HOLMES, J. G./ KERR, N. L./ REIS, H. T./ RUSBULT, C. E./ VAN LANGE, P. A. M. (2003): *An Atlas of Interpersonal Situations*. New York: Cambridge University Press.
- KLEIN, B. (1988): *Vertical Integration as Organizational Ownership: The Fisher Body-General Motors Relationship Revisited*. Journal of Law, Economics, / Organization, 4, 199-213.
- KLING, M./ THOMAS, S. (2016): *Kartellrecht*, 2ª ed. München: Vahlen.
- KONINGS, M. (2012): *Neoliberalism and the State*. Alternate Routes, 23, 85-98.
- KOOIMAN, J. (1993): *Social-Political Governance: Introduction*. En J. Kooiman (ed.), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*. London: Sage, 1-8.
- KOOPER, D. J./ KAGEL, J. H. (2015): *Other Regarding Preferences*. En J. H. Kagel/ A. E. Roth (eds.), *The Handbook of Experimental Economics*, vol. 2. Princeton/ Oxford: Princeton University Press, 217-289.
- LAFFONT, J.-J./ MARTIMORT, D. (2002): *The Theory of Incentives*. Princeton/ Oxford: Princeton University Press.
- LAFFONT, J.-J./ TIROLE, J. (1991): *The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture*. Quarterly Journal of Economics, 106, 1089-1127.
- LAFFONT, J.-J./ TIROLE, J. (1993): *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge/ London: MIT Press.
- LAFONTAINE, F./ SLADE, M. (2008): *Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy*. En P. Buccirosi (ed.), *Handbook of Antitrust Economics* (pp. 391-414). Cambridge: MIT Press.
- LANDEO, C. M./ SPIER, K. E. (2009): *Naked Exclusion: An Experimental Study of Contracts with Externalities*. American Economic Review, 99, 1850-1877.
- LANDEO, C. M. (2018): *Exclusionary vertical restraints and antitrust: experimental law and economics contributions*. En J. C. Teitelbaum, / K. Zeiler (eds.), *Research Handbook on Behavioral Law and Economics*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar, 75-100.
- LARENZ, K./ WOLF, M. (2004): *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed. München: C. H. Beck.
- LEDYARD, J. O. (2018): *Market failure*. En *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed.. London: Palgrave Macmillan, 8246-8251.
- LIPSEY, R. G./ LANCASTER, K. (1956): *The General Theory of Second Best*. Review of Economic Studies, 24, 11-32.
- LUHMANN, N. (1988): *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- LUHMANN, N. (1998): *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. S. Pappe/ B. Erker. Barcelona: Anthropos/ Universidad Iberoamericana/ CEJA.
- LYNN, B. C. (2010): *Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction*. Hoboken: Wiley.
- MACCORMICK, D. N. (1977): *The Obligation of Reparation*. Proceedings of the Aristotelian Society, 78, 175-193.
- MAKIW, N. G./ WHINSTON, M. D. (1986): *Free entry and social inefficiency*. Rand Journal of Economics, 17, 48-58.
- MANN, Michael (1991): *Las fuentes del poder social*, vol. 1, trad. F. Santos Fontenla. Madrid: Alianza Editorial.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2016): *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARVEL, H. P. (1994): *The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom*. Antitrust Law Journal, 63, 59-92.
- MAS-COLELL, A./ WHINSTON, M. D./ GREEN, J. R. (1995): *Microeconomic Theory*. Oxford/ New York: Oxford University Press.
- MATHEWSON, G. F./ WINTER, R. A. (1984): *An Economic Theory of Vertical Restraints*. RAND Journal of Economics 15, 27-38.

- MAZALOV, V. (2014): *Mathematical Game Theory and Applications*. Chichester: Wiley.
- McAFFEE, R. P./ SCHWARTZ, M. (1994): *Opportunism in Multilateral Vertical Contracting: Non Discrimination, Exclusivity and Uniformity*. American Economic Review, 84, 210-230.
- McGEE, J. S./ BASSETT, L. R. (1976): *Vertical Integration Revisited*. Journal of Law/ Economics, 19, 17-38.
- McKENZIE, G. W. (1983): *Measuring economic welfare. New Methods.*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MEESE, A. J. (1997): *Price Theory and Vertical Restraints: A Misunderstood Relation*. UCLA Law Review, 45, 143-204.
- MEESE, A. J. (2004): *Property Rights and Intra-brand Restraints*. Cornell Law Review, 89, 553-620.
- MÉNDEZ IBISATE, F. (2003): *La escuela de Cambridge: A. Marshall y sus discípulos*. En L. Perdices de Blas (ed.), *Historia del pensamiento económico*. Madrid: Síntesis, 367-408.
- MESTERTON-GIBBONS, M. (2001): *An Introduction to Game-Theoretic Modelling*, 2ª ed. Providence: American Mathematical Society.
- MILLER, P./ ROSE, N. (2008): *Governing the Present*. Cambridge: Polity.
- MOTTA, M. (2004): *Competition Policy. Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press.
- MUÑOZ-GARCÍA, F. (2017): *Advanced Microeconomic Theory*. Cambridge: MIT Press.
- MUTHOO, A. (1999): *Bargaining Theory with Applications*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MYERSON, R. B. (1982): *Optimal coordination mechanisms in generalized principal-agent problems*. Journal of Mathematical Economics, 10, 67-81.
- MYERSON, R. B. (2018): *Mechanism Design*. En *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed. London: Palgrave Macmillan, 8632-8644.
- NALEBUFF, B. (2004): *Bundling as an Entry Barrier*. Quarterly Journal of Economics, 119, 159-187.
- NIELS, G./ JENKINS, H./ KAVANAGH, J. (2016): *Economics for Competition Lawyers*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- NOCKE, V./ WHITE, L. (2007): *Do Vertical Mergers Facilitate Upstream Collusion?*. American Economic Review, 97, 1321-1339.
- NORMANN, H.-T./ SNYDER, C. M. (2001): *Vertical Foreclosure in Experimental Markets*. RAND Journal of Economics, 32, 466-496.
- NORMANN, H.-T. (2011): *Vertical Mergers, Foreclosure and Raising Rivals' Costs: Experimental Evidence*. Journal of Industrial Economics, 59, 506-527.
- O'BRIEN, D. P./ SCHAFER, G. (1992): *Vertical Control with Bilateral Contracts*. RAND Journal of Economics, 23, 299-308.
- OGATA, K.: *Modern Control Theory*, 5ª ed. Upper Saddle River: Prentice Hall.
- OGUS, A. (2004): *Regulation. Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart.
- ORDOVER, J. A./ SALONER, G./ SALOP, S. C. (1990): *Equilibrium Vertical Foreclosure*. American Economic Review, 80, 127-142.
- PAPAYANNIS, D. M. (2014): *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2005): *Los delitos de usurpación de marcas y otros signos distintivos: ¿protección del derecho, protección del patrimonio o protección del consumidor?*. En M. Bajo Fernández/ A. Jorge Barreiro/ C. Suárez González, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 1647-1672.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2013): *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (2014): *Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores*. Nuevo Foro Penal, 82, 33-80.
- PAREJO ALFONSO, L. (dtor.) (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARSONS, Talcott (1999): *El sistema social*, trad. J. Jiménez Blanco/ J. Cazorla Pérez. Madrid: Alianza Editorial.
- PERLOFF, J. M. (2018): *Microeconomics*, 4ª ed. Harlow: Pearson.
- PETTIT, P. (2015): *Justice: Social and Political*. En D. Sobel/ P. Vallentyne/ S. Wall (eds.), *Oxford Studies in Political Philosophy*, vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 9-35.
- PLANT, R. (2010): *The Neo-Liberal State*. Oxford: Oxford University Press.

- POSNER, R. A./ EASTERBROOK, F. H. (1981): *Antitrust Cases, Economic Notes and Other Materials*, 2ª ed. St. Paul: West Publishing.
- POSNER, R. A. (1976): *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago/ London: University of Chicago Press.
- POSNER, R. A. (1979): *The Chicago School of Antitrust Analysis*. University of Pennsylvania Law Review, 127, 925-948.
- POSNER, R. A. (2001): *Antitrust Law*, 2ª ed. Chicago/ London: University of Chicago Press.
- POSNER, R. A. (2007): *El análisis económico del Derecho*, trad. E. L. Suárez, 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica.
- RAMOS GOROSTIZA, J. L. (2003): *Historicismo, institucionalismo y neoinstitucionalismo*. En L. Perdices de Blas (ed.), *Historia del pensamiento económico*. Madrid: Síntesis, 423-449.
- RASMUSEN, E. B./ RAMSEYER, J. M./ WILEY, JR., J. S. (1991): *Naked Exclusion*. American Economic Review, 81, 1137-1145.
- REGLERO CAMPOS, L. F./ PEÑA LÓPEZ, F. (2014): *Conceptos generales y elementos de delimitación*. En L. F. Reglero Campos/ J. M. Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, vol. I, 5ª ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 66-263.
- REIFF, M. R. (2005): *Punishment, Compensation, and Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- REY, P./ STIGLITZ, J. (1988): *Vertical Restraints and Producers' Competition*. European Economic Review, 32, 561-568.
- REY, P./ STIGLITZ, J. (1995): *The role of exclusive territories in producers' competition*. RAND Journal of Economics, 26, 431-451.
- REY, P./ TIROLE, J. (1986a): *Vertical Restraints from a Principal-Agent Viewpoint*. En L. Pellegrini/ S. K. Reddy (eds.), *Marketing Channels*. Lexington: Lexington Books, 3-30.
- REY, P./ TIROLE, J. (1986b): *The Logic of Vertical Restraints*. American Economic Review, 76, 921-939.
- REY, P./ TIROLE, J. (2007): *A Primer on Foreclosure*. En M. Armstrong/ R. Porter (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, vol. III. Amsterdam: North Holland, 2145-2220.
- REY, P./ VERGÉ, T. (2008): *Economics of Vertical Restraints*. En P. Buccirossi (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 353-390.
- REY, P./ VERGÉ, T. (2010): *Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships*. Journal of Industrial Economics, 58, 928-961.
- RIORDAN, M. H./ SALOP, S. C. (1995): *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*. Antitrust Law, 63, 513-568.
- RIPSTEIN, A. (2016): *Private Wrongs*. Cambridge/ London: Harvard University Press.
- ROTH, A. E. (2002): *The Economist as Engineer: Game Theory, Experimentation, and Computation as Tools for Design Economics*. Econometrica, 70, 1341-1378.
- SAIKH, A. M./ TONAK, E. A. (1996): *Measuring the wealth of nations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SALOP, S. T./ SCHEFFMAN, D. C. (1983): *Raising Rivals' Costs*. American Economic Review, 73, 267-271.
- SALOP, S. T./ SCHEFFMAN, D. C. (1987): *Cost-Raising Strategies*. Journal of Industrial Economics, 36, 19-34.
- SAN EMETERIO MARTÍN, N. (2003): *La Escuela Clásica (I): Adam Smith*. En L. Perdices de Blas (ed.), *Historia del pensamiento económico*. Madrid: Síntesis, 105-134.
- SCHERER, F. M. (1980): *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 2ª ed. Chicago: Rand McNally College Publishing.
- SCOTT, C. (2010): *Standard-Setting in Regulatory Regimes*. En R. Baldwin/ M. Cave/ M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 104-119.
- SEGAL, I. (1999): *Contracting with Externalities*. Quarterly Journal of Economics, 114, 337-388.
- SEGAL, I. R./ WHINSTON, M. D. (2000): *Exclusive contracts and protection of investments*. RAND Journal of Economics, 31, 603-633.
- SEGAL, I. R./ WHINSTON, M. D. (2000): *Naked Exclusion: Comment*. American Economic Review, 90, 296-309.
- SHAVELL, S. (2004): *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, trad. Y. G. Franco. Madrid: Ramón Areces.
- SMITH, A. M. (2011): *An experimental study of exclusive contracts*. International Journal of Industrial Organization, 29, 4-13.
- STEINER, R. (2004): *Exclusive Dealing and Resale Price Maintenance: A Powerful Anticompetitive*

- Combination. Southwestern University Law Review, 33, 447-476.
- STEINER, R. L. (2008): *Vertical competition, horizontal competition, and market power*. Antitrust Bulletin, 53, 251-270.
- STIGLER, G. J. (2018): *Competition*. En *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 3ª ed. London: Palgrave Macmillan, 1930-1938.
- STIGLITZ, J./ SEN, A./ FITOUSSI, J.-P. (2010): *Mis-Measuring Our Lives*. New York/ London: Free Press.
- STOBER, R. (2015): *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 18ª ed. Stuttgart: Kohlhammer.
- SUNDARAM, R. K. (1996): *A First Course in Optimization Theory*. New York: Cambridge University Press.
- TESLER, L. G. (1960): *Why Should Manufacturers Want Fair Trade?*. Journal of Law/ Economics, 3, 86-105.
- TIOLE, J. (1988): *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge: MIT Press.
- TOLBERT, P. S./ HALL, R. H. (2009): *Organizations. Structures, Processes and Outcomes*, 10ª ed. London/ New York: Routledge.
- VULKAN, N./ ROTH, A. E./ NEEMAN, Z. (eds.) (2013): *The Handbook of Market Design*. Oxford: Oxford University Press.
- WEINRIE, E. J. (2017): *La idea de Derecho privado*, trad. E. Paez. Madrid: Marcial Pons.
- WHINSTON, M. D. (1990): *Tying, Foreclosure, and Exclusion*. American Economic Review, 80, 837-859.
- WHINSTON, M. D. (2006): *Lectures on Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press.
- WILLIAMSON, O. (2005): *The Economics of Governance*. American Economic Review, 95, 1-18.
- WINDHOLZ, E. L. (2018): *Governing through Regulation*. London/ New York: Routledge.
- WINTER, R./ MATHEWSON, F. (1998): *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*. Review of Industrial Organization, 13, 57-84.
- WINTER, S. G. (1971): *Satisficing, Selection, and The Innovating Remnant*. The Quarterly Journal of Economics, 85, 237-261.
- YEUNG, K. (2010): *The Regulatory State*. En R. Baldwin/ M. Cave/ M. Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 64-83.
- ZABCZYK, J. (1995): *Mathematical Control Theory. An Introduction*. Boston: Birkhäuser.
- ZIPURSKY, B. C. (2003): *Civil Recourse, Not Corrective Justice*. Georgetown Law Journal, 91, 695-756.