

POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

.....
JORDI GUAL
SANDRA JÓDAR
IESE

LOS NEGOCIOS RELACIONADOS CON LA PRODUCCIÓN DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN (T.I.) —COMO LO SERÍAN EL DESARROLLO DE SOFTWARE, DE CONTENIDOS E INFORMACIÓN, LA FABRICACIÓN DE HARDWARE Y LAS TELECOMUNICACIONES—

presentan características que los hacen fundamentalmente distintos a otros negocios más tradicionales (1). Estas peculiaridades hacen que la competencia entre las empresas del sector también se desarrolle de manera distinta a la convencional.

La política de competencia ha ido evolucionando con los años en función de los resultados de las prácticas de las empresas tradicionales y persiguiendo actuaciones concretas que se creía que daban lugar a efectos no deseados sobre la competencia. El surgimiento de este

nuevo sector con características tan particulares obliga a plantearse hasta qué punto los instrumentos con los que cuenta la política de competencia son adecuados para la nueva situación. El propósito del presente artículo es analizar esta cuestión desde el punto de vista de la legislación europea.

Para ello nos centraremos en casos ya juzgados por la Comisión que involucran a empresas pertenecientes a este sector. Examinaremos como interpreta la Comisión las normas existentes en mate-

ria de fusiones, acuerdos horizontales y verticales y en relación con prácticas que puedan considerarse como de abuso de una posición dominante. Este estudio nos permitirá señalar qué factores son considerados por la Comisión en cada caso y las soluciones que se han propuesto. En la medida en que las normas seguidas muestren un margen suficiente para su interpretación dentro del sector de las tecnologías de la información y las soluciones propuestas no impongan cargas que resulten en incentivos negativos para la continua innovación en el sector, se

podrá concluir que la política de competencia europea actual sigue siendo válida para las T.I.

¿POR QUÉ LOS NEGOCIOS RELACIONADOS CON LAS T.I. SON DISTINTOS EN MATERIA DE COMPETENCIA?

La política de competencia pretende «asegurar la amplitud de opciones de elección para el consumidor, la innovación tecnológica y la competencia en precios» (2). El hecho de que una empresa se erija en monopolio conlleva consecuencias negativas para los consumidores, puesto que generalmente implicará unos precios elevados para los productos que se intercambien, una menor cantidad producida de éstos en relación a la que sería socialmente óptima y un menor grado de investigación en el desarrollo de nuevos productos o la mejora de los existentes. Esto es así puesto que una empresa sin competencia no tiene incentivos para reducir costes e invertir en nuevas tecnologías que puedan abaratar los precios, y puede impedir incluso la entrada de nuevos productores al mercado (3).

La existencia de monopolios no está castigada por ley. Sí lo están, en cambio, aquellas prácticas desarrolladas por las empresas para restringir la competencia en su sector o expulsar de él a sus competidores. Desde este punto de vista, el derecho de competencia de la Unión Europea se ha estructurado principalmente alrededor de dos artículos del Tratado, los artículos 81 y 82, y del reglamento 4064/89 sobre operaciones de concentración.

Cada uno de los artículos está encaminado a perseguir dos grandes grupos de prácticas. El primero de ellos persigue aquellas actuaciones por parte de las empresas, ya sea individual o colectivamente, que tengan como finalidad o efecto la fijación de precios, la restricción de la producción o la restricción de la innovación. El segundo artículo se refiere a las acciones que una empresa con una posi-

ción dominante en su sector puede llevar a cabo para mantenerla o acrecentarla (4). La reglamentación de fusiones, por su parte, trata de evitar aquellas concentraciones que generan o refuerzan una posición de dominio en el mercado.

El efecto que este tipo de prácticas tiene sobre la competencia se analiza tradicionalmente comparando la situación resultante con un marco de referencia representado por un mercado perfectamente competitivo. Sin embargo, los negocios basados en la producción de T.I. poseen ciertas características que los hacen distintos a los negocios tradicionales y que afectan a la manera en que se desarrolla la competencia en este sector. Así, por ejemplo, en mercados como los de *software*, *hardware* o telecomunicaciones las cuestiones de compatibilidad, licencias y estándares son clave en el entorno competitivo. En estos negocios los problemas de competencia son distintos y la competencia perfecta puede no ser el punto de referencia adecuado.

Las características que más diferencian a los negocios basados en el tratamiento de información son básicamente tres (5). La primera de ellas se refiere a la estructura de costes. Se trata de negocios en los que se requiere una fuerte inversión inicial para crear la tecnología o el programa informático, mientras que una vez conseguido esto, el coste de reproducirlo con fines comerciales es constante e ínfimo comparado con el anterior. Las industrias de red también comparten esta característica, aunque el motivo de las grandes inversiones no es tanto la invención de nueva tecnología como la necesidad de desplegar la red.

De cualquier manera, ya sea para el desarrollo de nuevos componentes físicos o para el desarrollo de nuevas aplicaciones que procesen información, la inversión inicial es un coste fijo elevado, y no recuperable si el producto o servicio fracasa. Sin embargo, el coste de producción una vez se dispone de la tecnología o de la primera copia es inapreciable. En estos casos, la competencia en precios hasta llegar a los costes marginales no es sostenible puesto que las empresas no pueden rentabilizar las inversiones (los costes fijos iniciales no recuperables). Como

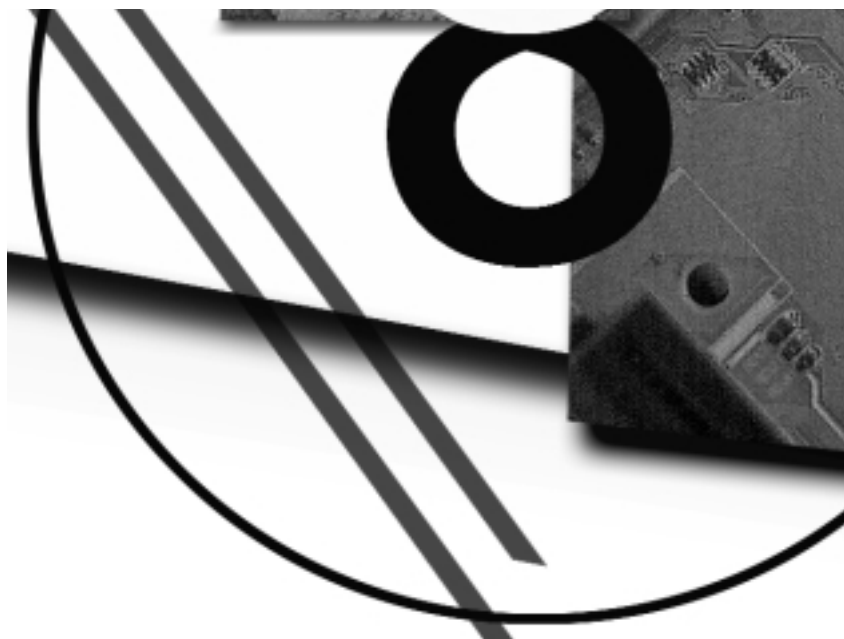
reacción a esta tendencia natural estas empresas suelen diferenciar sus productos y crear múltiples versiones o clases de tarifas para discriminar precios.

Otra característica fundamental es la existencia de economías de red. La utilidad derivada del consumo del producto crece con el número de usuarios. Esta característica refuerza nuevamente la tendencia natural del sector hacia la concentración, puesto que se produce una retroalimentación positiva: la red con mayores usuarios tiende a crecer a costa de las redes de menor tamaño. La aparición de economías de red no depende exclusivamente de la existencia de una red física. Las redes pueden ser redes virtuales, formadas por sistemas de productos complementarios. En éstas, el valor de la red lo genera la base instalada de usuarios. El hecho de que un determinado sistema se haya erigido como un estándar utilizado por gran parte del mercado incentiva a las empresas a desarrollar productos compatibles con él para conseguir llegar al mayor número de clientes posible. A su vez, la mayor disponibilidad de aplicaciones para ese sistema contribuye a su adopción por parte de los consumidores, de manera que se genera el proceso de retroalimentación comentado anteriormente.

Finalmente, la tercera característica del sector es la facilidad con la que se puede conseguir que los clientes queden «atrapados» en una determinada red virtual: el denominado efecto de *lock-in*. Esto es así debido a que el coste de cambio a un sistema rival es demasiado elevado. Los ejemplos son numerosos: la elección de un determinado *hardware* determina el tipo de *software* que éste puede soportar, limitando de este modo la elección del consumidor sobre el proveedor de *software*; la complejidad del uso de determinados paquetes informáticos requiere una inversión en formación que se pierde al cambiar de programa, etc.

De las tres características anteriores se deriva una primera conclusión. El sector de las T.I. es un sector donde es muy fácil que el mercado se decante por una sola empresa. Es, por tanto, un sector propicio para la existencia de monopolios. Sin embargo, esto no es necesariamente

negativo. La elevada probabilidad de obtener rentas de monopolio incentiva la innovación por parte de empresas deseosas de entrar al mercado (6). Las T.I. se han convertido en el sector donde las innovaciones se suceden a mayor velocidad y una entrada con éxito puede significar un cambio de líder del mercado. Así pues, el resultado no es el monopolio tradicional, inmovilista, que se dedica a extraer rentas sino que los monopolios que surgen son mucho más dinámicos, pues sufren el riesgo de ser desbancados por otro monopolio si no mantienen el ritmo de innovación. En resumen, el sector es propenso a ser compuesto por una serie de monopolistas que se van sucediendo en el tiempo en función de la tecnología o sistema que resulte vencedor en cada momento (7). Como veremos, la conclusión para la política de competencia debería ser que el principal valor a proteger en este sector es la innovación.



.....

ANÁLISIS DE FUSIONES

El análisis de fusiones que realiza la Comisión Europea no distingue entre fusiones horizontales o verticales, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos (8). En Europa, las fusiones son analizadas según el concepto de posición dominante: si la fusión propuesta crea o incrementa una posición dominante en el mercado relevante (9), la Comisión prohíbe la operación. Así pues, el área que se está convirtiendo en la más importante dentro de la política de competencia por su alcance cada vez más global, depende de manera crítica de un concepto que está sujeto a una fuerte controversia (10): en términos económicos, posición de dominio equivale a poder de mercado, y este concepto (la capacidad de obtener precios por encima del coste marginal) se aproxima en la práctica mediante las cuotas de mercado y los índices de concentración, dos indicadores que intentan medir el poder de la empresa para actuar independientemente del resto de competidores.

Sin embargo, observar precios por encima del coste marginal en los negocios relacionados con las T.I. no es necesaria-

mente indicativo de esta independencia, puesto que ya se ha señalado que estos precios son necesarios para recuperar las inversiones iniciales. En este caso deben tenerse en cuenta factores adicionales.

Quizás el problema sea más acusado en los casos de fusiones horizontales que en las fusiones verticales (11). Ello se debe a que, cuando una fusión horizontal conlleva una concentración del mercado relevante y crea una posición de dominio, la Comisión suele proponer medidas como la separación de parte del negocio (12), la apertura obligatoria del acceso de terceros al elemento considerado clave para el desarrollo de la actividad (13) o bien la concesión de licencias a terceras partes para la creación de nuevos competidores en el mercado (14). Estas medidas pueden tener gran incidencia en la habilidad de la empresa para competir o en los incentivos a innovar. La Comisión parece considerar que, si existe posición de dominio, cualquier posible eficiencia que se pudiera derivar de la fusión no sería traspasada a los consumidores por la mera posición de dominio de la que la empresa goza (15). La Comisión sólo toma en consideración las posibles eficiencias en los casos de acuerdos entre empresas, siempre y cuando se demuestre su efecto sobre el bienestar de los consumidores (16).

De este modo, aunque la existencia de eficiencias sea probable en las fusiones entre empresas pertenecientes al mismo sector de las T.I. por la posibilidad de aprovechar los distintos tipos de economías de escala, la política comunitaria podría estar incentivando que estas eficiencias se manifiesten a través de acuerdos y no de fusiones (17). La cuestión relevante, entonces, es determinar si las eficiencias que puedan tener lugar dentro de las T.I. están bien recogidas por las normas sobre acuerdos horizontales (véase el apartado sobre «Acuerdos entre empresas» de este artículo).

El caso de las fusiones verticales es un poco distinto. Mientras en las fusiones horizontales la Comisión considera que la posición de dominio suele derivarse de la eliminación de un competidor agresivo de la empresa adquirente o de la adquisición de la suficiente cuota de mercado como para actuar independientemente o facilitar un dominio colectivo (18), en las fusiones verticales la posición de dominio debe inferirse de las posibles relaciones entre los dos sectores que se integran y otros sectores relacionados. El principal problema que suele surgir es la capacidad de la empresa fusionada de controlar un canal de distribución, en el caso de la integración hacia abajo, uno de los inputs necesarios para la producción si la integración es hacia arriba o de controlar productos complementarios. Las conse-

cuencias de este control son un aumento de las barreras de entrada a la industria, al forzar la doble entrada a los dos mercados integrados; la posibilidad de incrementar los costes de las empresas rivales, reduciendo así la competencia en uno de los mercados; y, además, como caso extremo, la exclusión del competidor.

En el caso de las T.I., estas consecuencias se agudizan puesto que permiten ejercer un control de acceso al mercado —lo que en inglés se ha venido a denominar *gate-keeper effect*— y controlar los inputs o los productos complementarios permite imponer estándares propios en la industria. Esto puede permitir a la empresa fusionada extender su dominio en uno de los mercados al nuevo mercado adquirido o a mercados relacionados. Sin embargo, el mismo análisis realizado para determinar si existe una posición dominante permite a la Comisión identificar la fuente o el tipo de prácticas que la causan y proponer soluciones enfocadas a la raíz del problema. Las medidas propuestas por la Comisión pueden centrarse en el «comportamiento» de la empresa tras la fusión en vez de imponer medidas de tipo estructural (por ejemplo, medidas de acceso no discriminatorio, como las implantadas en el caso Telia/Telenor, o las condiciones de apertura de redes impuestas en la adquisición de Mannesman por parte de Vodafone).

Así pues, la Comisión puede inducir el tipo de comportamiento necesario para la existencia del tipo de competencia que desea. El problema puede surgir si el modelo de competencia que quiere asegurar la Comisión no es el modelo adecuado para las empresas del sector de las T.I. En último término, la actuación de la Comisión al introducir medidas de comportamiento comporta el riesgo de acabar creando un regulador indirecto del sector.

A este respecto, los principios que aplicará la Comisión ante las operaciones de concentración en el sector de las T.I. parecen quedar claros cuando manifiesta que «en tales mercados, los instrumentos de control de las concentraciones se deberían aplicar siempre con vistas a salvaguardar los avances logrados por lo que respecta a la liberalización y a dejar espacio para el flujo de innovación» (19).

Esta afirmación, en vista de actuaciones recientes de la Comisión, parece establecer la voluntad de ésta de que ninguna empresa ejerza tal control sobre alguna de las redes que le permita impedir futuras innovaciones y extender su control sobre otros mercados relacionados (20).

LA CONCENTRACIÓN DE KIRCH Y BERTELSMANN EN PREMIERE (1999)

En 1999, los propietarios de las dos únicas cadenas analógicas de televisión de pago en Alemania (el grupo Kirch y CLT-UFA, filial de Bertelsmann) (21) decidieron terminar con la competencia entre ambas empresas por imponer un estándar para las plataformas de televisión de pago en Alemania. Fusionarían los contenidos de las dos cadenas de pago (DF1 y Premiere) en una única plataforma digital: Premiere Digital. De este modo, la televisión de pago en Alemania pasaría a integrarse en una única plataforma digital y un solo canal de pago analógico (Premiere), propiedad ambos de Kirch y CLT-UFA. La concentración de ambas cadenas de televisión de pago en una única plataforma digital era una forma de integración horizontal. Sin embargo, la operación tenía también aspectos verticales derivados de la tecnología que sería utilizada en la nueva plataforma. Ésta sería propiedad exclusiva de Kirch y CLT-UFA, de manera que cualquier operador alternativo de televisión digital de pago en Alemania dependería de los servicios técnicos monopolizados por ambas partes.

La Comisión consideró que la operación daba lugar a la creación de una posición de dominio de carácter duradero en el mercado de la televisión de pago en Alemania, dominio que se estableció en base al tamaño de la red de abonados que las partes lograrían entre Premiere y Premiere Digital. Asimismo, este tamaño podría incrementarse mediante la compra conjunta de derechos de programas: adquiriendo toda la cadena de explotación de estos derechos —como serían la emisión por pago por visión, la emisión por cadena de pago, la primera emisión en abierto (22) y la segunda emisión en abierto— podrían discriminar en el tiem-

po, coordinando estratégicamente sus programaciones en abierto de manera que el interés y la diversidad de estas cadenas decrecieran a favor de la cadena de pago. De este modo, las empresas conseguirían incrementar el número de suscriptores de la plataforma digital.

La Comisión concluyó que ambas posiciones de dominio en el mercado de la televisión de pago y en el de los servicios técnicos se reforzarían mutuamente, de manera que no era previsible la aparición de alternativas en un futuro próximo. A su vez, la Comisión rechazó argumentos de evolución del progreso técnico y económico argumentando, entre otros motivos, que el desarrollo del mercado al que supuestamente la operación hubiera contribuido se vería frenado por el carácter monopolístico del mismo. Las partes ofrecieron soluciones que pretendían eliminar el riesgo de comportamiento anti-competitivo, como el compromiso de no ofrecer su programación en un único paquete y el de negociar los contenidos de manera independiente. Por otro lado, el control del acceso a la televisión digital se pretendía solucionar renunciando las partes a ciertos derechos sobre contenidos y comprometiéndose a conceder licencias a terceros para su tecnología de decodificación. La Comisión consideró que los compromisos en materia de contenidos y de acceso a la tecnología eran insuficientes para garantizar que la posición de dominio del nuevo grupo no impediría la entrada de operadores alternativos.

LA FUSIÓN DE AOL Y TIME WARNER (2000)

La operación dio lugar a la primera compañía verticalmente integrada en el sector de la difusión de contenidos por Internet. AOL Time Warner (23) poseería los recursos necesarios para proveer desde el acceso a Internet, que era facilitado por AOL a sus suscriptores, pasando por la distribución de contenidos a través de los portales o los servicios de mensajería instantánea también de AOL, el *software* necesario para distribuir electrónicamente los contenidos de audio y video, el *software* necesario para reproducir los contenidos multimedia, los con-

tenidos en si, que serían producidos por Time Warner y, finalmente, las redes de cable para el acceso. El Cuadro 1 muestra los servicios que proporcionan ambas empresas así como la zona geográfica en la que operan.

En Estados Unidos, la Federal Trade Commission (FTC) abordó tanto aspectos horizontales como verticales. En el ámbito horizontal preocupaba la posición de dominio del programa de mensajería instantánea de AOL. En las relaciones verticales, la fusión podría conllevar la exclusión de proveedores de servicios de Internet (ISP) en las redes de acceso de cable, pero también la exclusión de contenidos en el principal ISP. La Comisión Europea se centró en los aspectos verticales y complementarios de la fusión. Según la Comisión, la integración en una misma compañía del negocio de servicios de Internet y del de provisión de contenidos suponía la creación de una posición de dominio. AOL poseía una extensa red en Internet gracias a ser el mayor proveedor de servicios en EE.UU., a su portal altamente exitoso y a sus servicios de mensajería instantánea con aproximadamente 70 millones de usuarios registrados. Para la Comisión, cualquier proveedor de contenidos debería estar presente en la red de AOL para maximizar la distribución de sus productos.

Es interesante el trato que dio la Comisión a las cuotas de mercado en cada uno de los mercados relacionados. La posición de dominio de AOL en la distribución por Internet se basó en el dominio en EE.UU., expresando la Comisión su preocupación por la posibilidad que AOL utilizara esa posición dominante en EE.UU. para alcanzar una posición similar en Europa. Por otro lado, en relación a los contenidos de tipo musical, la Comisión tuvo en cuenta las *joint ventures* que AOL compartía con Bertelsmann—entre ellas AOL Europa, que operaba en nueve países europeos— y los acuerdos de promoción, distribución y ventas que estas dos compañías firmaron en el año 2000 ante la planeada salida de Bertelsmann de AOL Europa. Para la Comisión, los intereses financieros de Bertelsmann en AOL Europa daban a Bertelsmann suficientes incentivos como para nombrar a AOL Time Warner como

CUADRO 1
SERVICIOS OFRECIDOS POR AOL Y TIME WARNER

Servicios	AOL		Time Warner	
	Europa	EE.UU.	Europa	EE.UU.
Redes de cable			Time Warner Cable	X
Provisión de servicios de Internet (ISP)	AOL y CompuServe (banda estrecha y DSL)	X X	Road Runner (banda ancha mediante cable)	X
Mensajería instantánea	AOL Instant Messenger y ICQ	X X		
Portales	AOL.com y Netscape			
	Netcenter	X X		
Contenidos de carácter local	Digital City	X		
Información cinematográfica	AOL MovieFone	X		
Mapas y planes de viaje	MapQuest.com	X		
Distribución música on-line	Shoutcast, Spinner y Winamp	X X		
Software, soporte técnico y formación	Netscape			
	Netscape Enterprise Group conjuntamente con Sun Microsystems	X X		
Programación de TV por cable			TNT, Cartoon Networks, CNN News ...	X X
Editorial de libros y revistas			Time, People, Sports Illustrated...	X X
Grabación y publicación de música			Warner Music Group, Cdnw (e-commerce)	X X
Producción y distribución de películas, programas de televisión, videos ...			Mediante acuerdos con Polygram, Canal Plus y UFA/CLT.	X X

FUENTE: Comisión Europea y elaboración propia.

su único distribuidor de música en la red. De esta forma, la Comisión consideró que los derechos musicales de Bertelsmann debían sumarse a los poseídos por Time Warner, llegando así a controlar el 40% del mercado.

La Comisión identificó tres prácticas anticompetitivas que podrían ser posibles tras la fusión. Por una parte, AOL podría vincular en EE.UU. los contratos de distribución de contenidos a la contratación del mismo servicio a sus ISPs filiales en Europa para así adquirir también aquí una posición de dominio. Para eliminar esta preocupación, AOL Time Warner se comprometió por tres años a no incurrir en esta práctica. La segunda de las prácticas anticompetitivas sería la imposición de un estándar en el *software* para la distribución de música por la red. Eso sería posible simplemente utilizando tecnología protegida por patente para distribuir todo el catálogo musical de AOL Time Warner y negándose a conceder licencias a los productores de *software* de reproducción que desarrollaran productos compatibles con otras tecnologías de distribución. Debido al carácter complementario de este *software*, el resto de sellos

discográficos que desearan distribuir su música por Internet deberían usar el formato propio de AOL.

Finalmente, la tercera de las prácticas estaría relacionada con la compatibilidad de los productos. AOL Time Warner podría hacer compatible su catálogo musical únicamente con Winamp, el software de reproducción propio de AOL. Esto provocaría la expulsión del mercado de los competidores de Winamp, puesto que este sistema sería el único que podría reproducir los formatos de distribución de todas las compañías discográficas. El común denominador en las dos últimas prácticas es que su éxito se basa en la amplia cuota de mercado de AOL Time Warner en derechos musicales. Por ello, la Comisión impuso la separación total entre AOL y Bertelsmann y la eliminación de aquellas cláusulas en los acuerdos entre ambas empresas que permitían a AOL ejercer alguna influencia sobre la música de Bertelsmann, entre otras, aquellas que permitían a AOL modificar la música para adaptarla a su tecnología.

Así pues, las condiciones impuestas por la Comisión pueden considerarse dirigi-

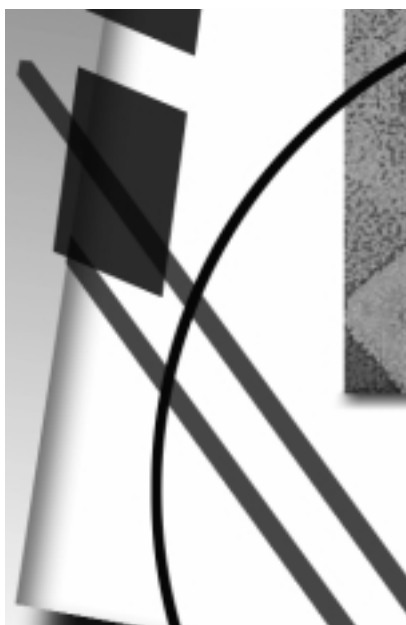
das a preservar el «libre acceso» de los participantes en el mercado tanto de las tecnologías de distribución y reproducción de música en Internet, como de los contenidos considerados clave para el desarrollo de ISPs y de negocios basados en la distribución de música por Internet. Por otra parte, también se establecieron condiciones encaminadas a evitar el abuso de la posición dominante de AOL para incrementar su presencia como ISP en Europa.

ACUERDOS ENTRE EMPRESAS

Los acuerdos entre empresas son considerados por el artículo 81 del Tratado, si bien dicho artículo cubre únicamente aquellos que puedan afectar el comercio entre Estados Miembros. Este artículo es aplicable a cualquier tipo de acuerdo entre empresas, independientemente de si éstas se encuentran en la misma fase de la cadena de valor o no. Los criterios para la aplicación de este artículo a los acuerdos horizontales y verticales se exponen en dos Directrices publicadas por la Comisión (24).

El análisis de los acuerdos entre empresas se realiza en dos pasos. Primero se analiza la aplicabilidad del artículo 81(1), identificando aquellos acuerdos que pueden restringir la competencia. A continuación, se analiza la existencia de beneficios económicos y, por tanto, la aplicabilidad del artículo 81(3). Así pues, los problemas de competencia planteados por los acuerdos deben ser sopesados frente a los beneficios económicos que comportan. Estos beneficios, asociados a la compatibilidad y la interoperabilidad, son muy evidentes en el sector de las T.I., por lo que este sector es propenso a registrar acuerdos entre empresas. Sin embargo, aunque existen motivos de eficiencia económica, no es menos cierto que los acuerdos pueden tener un impacto negativo en la competencia.

El riesgo que presentan los acuerdos horizontales es el de la coordinación entre empresas rivales, ya sea mediante la transmisión directa de información o



mediante prácticas que la faciliten. Por otro lado, los acuerdos verticales presentan el mismo riesgo que las fusiones verticales, es decir, la posibilidad de controlar el acceso al mercado. Pese a que se suele considerar que el riesgo es mayor en los acuerdos entre empresas competidoras (25), la Comisión manifiesta que en ambos casos es necesaria la existencia de cierto grado de poder de mercado. En este caso, la Comisión señala claramente en sus directrices que para medir el poder de mercado pueden tenerse en cuenta factores adicionales a las cuotas de mercado —por ejemplo, la fluctuación de las cuotas, las barreras de entrada, el dinamismo del mercado, etc.

ACUERDOS PARA CREAR ESTÁNDARES COMUNES

Una de las características de los productos del sector de las T.I. es que habitualmente forman parte de sistemas (26). Es decir, son productos complementarios entre sí que deben ser utilizados conjuntamente. Este hecho comporta que sea necesaria una cierta coordinación entre las empresas fabricantes para conseguir un óptimo funcionamiento del sistema, puesto que el usuario no percibirá la calidad individual del producto sino la calidad del sistema (en función, por lo general, de la disponibilidad presente y

futura de componentes). Aunque esta coordinación pueda parecer interesante únicamente a productores con relaciones de complementariedad, también lo puede acabar siendo para competidores en la fabricación de un mismo producto, puesto que la falta de estandarización puede impedir el nacimiento del propio mercado.

Los acuerdos horizontales en la creación de estándares se pueden explicar por el *trade-off* que experimenta cada empresa en el momento de decidir acerca de la compatibilidad de sus productos. En los mercados donde los estándares son necesarios, las empresas tienen enormes incentivos a competir por el mercado intentando que su producto sea el que finalmente se erija como estándar. Sin embargo, la fase de competencia entre productos incompatibles puede ser larga y costosa, retrasando la adopción de una nueva tecnología o la creación de un nuevo mercado. De este modo, puede ser más rentable para dos empresas cooperar para hacer que sus dos productos sean compatibles dentro de un estándar y competir, en vez de *por* el mercado, *en* el mercado (27).

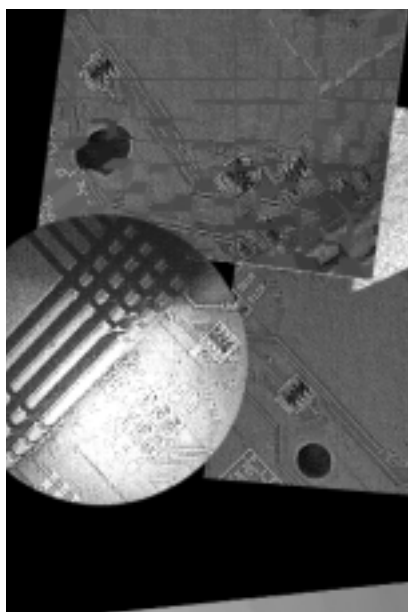
Para los consumidores estos acuerdos pueden ser también beneficiosos si realmente la competencia entre tecnologías obstaculizaba el desarrollo del mercado. Sin embargo, las empresas también pueden coordinarse en la creación de un estándar con la intención de cerrar el futuro mercado al resto de empresas competidoras en tecnología. En ese caso, este tipo de acuerdos restringiría la competencia. De hecho, la propia creación de un estándar, aunque sea un estándar abierto a cualquier empresa, puede estar cerrando el mercado a potenciales empresas con un producto superior (28). Así pues, como en el caso de las fusiones, en las decisiones que conciernen a estándares también juegan un papel importante las expectativas sobre el desarrollo futuro de los mercados y de la tecnología. Y del mismo modo, las decisiones de las autoridades de la competencia pueden condicionar significativamente este desarrollo (29).

En el caso de la Comisión, los acuerdos sobre estándares serán restrictivos en tres

situaciones (30): a) en primer lugar, que los acuerdos no sean abiertos y transparentes a la participación de terceros; b) que ofrezcan a las partes el control conjunto sobre la producción o la innovación, de manera que las posibilidades de competencia entre las empresas queden mermadas; c) finalmente, que los acuerdos impongan alguna restricción en el desarrollo por parte de los signatarios de estándares alternativos o productos que no cumplan con los requisitos del estándar propuesto.

La Comisión revisa los acuerdos en materia de estándares cuando éstos le son comunicados, lo que no es obligatorio (31). Por otro lado, la Comisión en principio considera que los acuerdos en materia de estándares tomados en el seno de organismos reconocidos al efecto — como lo son la CEN, la CENELEC y la ETSI (32), esta última encargada de los estándares en el sector de las telecomunicaciones— «no restringen la competencia, [pues estos organismos] trabajan con procedimientos no discriminatorios, abiertos y transparentes» (33). En principio, los propios organismos reconocidos tienen en cuenta que dos empresas pueden coludir para imponer derechos de propiedad innecesarios en un estándar. Sus acuerdos están sometidos al artículo 81(1) y podrían ser investigados por la Comisión que, caso de demostrar la existencia de dichas prácticas, podría sancionar tanto a las partes como al organismo y anular el estándar.

En el caso de los acuerdos del *X/Open Group* (34), un conjunto de fabricantes de equipos informáticos intentaba establecer un estándar para las aplicaciones basadas en el sistema operativo UNIX desarrollado inicialmente por AT&T. La Comisión encontró posibles efectos anti-competitivos en las condiciones de afiliación y en la publicación de las condiciones técnicas, de manera que se justificaba la aplicación del artículo 81(1). Aunque el grupo tenía un carácter abierto, existía cierto margen para aceptar a miembros que no cumplieran con los requisitos mínimos y para excluir a otros que sí los cumplieran. La Comisión manifestó que estas condiciones eran poco transparentes y ofrecían la posibilidad de discriminar la entrada al grupo pero en la eva-



luación final se entendió que las condiciones de afiliación eran necesarias para la operabilidad práctica del grupo.

Por lo demás, el acuerdo no tenía consecuencias sobre la coordinación entre empresas —la información distribuida se limitaría a los aspectos técnicos necesarios para la fijación de los estándares— y además se permitía explícitamente la comercialización de *software* que no cumpliera los requisitos del estándar así como de versiones mejoradas de las aplicaciones reconocidas.

ACUERDOS DE DISTRIBUCIÓN Y LICENCIAS

Como se mencionó en el punto anterior, la complementariedad de los productos de las T.I. para funcionar dentro de un sistema es clave para beneficiarse de las economías de red y, por tanto, parte importantísima del éxito de un producto. Este hecho hace que los acuerdos verticales más relevantes entre empresas de este sector sean aquellos que conllevan la transferencia de tecnología entre las partes —licencias sobre patentes, *know-how*, marcas, diseños o derechos de autor. En principio, un acuerdo de transferencia de tecnología entre empresas cuyos productos no son sustitutivos sino complementarios no debería tener efectos anticompetitivos.

El problema puede surgir, sin embargo, debido a que este tipo de acuerdos suele incorporar cláusulas que restringen el comportamiento de los signatarios. Ejemplos de estas cláusulas pueden ser la segmentación territorial o de grupos de clientes, cláusulas de no-competencia o restricciones a la producción. Estas cláusulas están justificadas en la medida en que garantizan a las partes la explotación fructífera de sus derechos de propiedad y preservan sus incentivos a innovar. Sin embargo, pueden ser problemáticas si dificultan la competencia entre empresas licenciatarias o bien si la empresa que obtiene la licencia goza de poder de mercado.

Los acuerdos entre empresas cuyo fin principal sea la trasmisión de tecnología en forma de patentes o *know-how* están sujetos, según la normativa europea, a una exención por categorías (35), el RECAT. El resto de acuerdos (sobre marcas, diseños o derechos de autor) no tienen una regulación propia sino que son analizados bajo las directrices de acuerdos verticales, horizontales o bajo el RECAT en tanto en cuanto se trate de cláusulas secundarias dentro de este tipo de acuerdos principales. En la actualidad, los únicos acuerdos en materia de licencias que no examina la Comisión son los acuerdos sujetos al RECAT que únicamente contienen «cláusulas blancas» —a las que no es de aplicación el artículo 81(1)— o bien los que contienen alguna «cláusula negra» expresamente prohibida por restringir la competencia. Cualquier acuerdo que contenga cláusulas que no se encuentren en alguna de estas dos categorías debe ser examinado por la Comisión mediante un procedimiento en el que se dictaminará si puede acogerse a la exención. El resto de acuerdos en materia de licencias —los relacionados con marcas, diseños o derechos de autor, o bien aquellos que se den entre más de dos partes— deben ser notificados a la Comisión para que sean estudiados caso por caso.

Los acuerdos de Microsoft con proveedores de servicios de Internet (ISP) para la distribución de *Microsoft Internet Explorer* (36) constituyen un ejemplo de este tipo de acuerdos. Microsoft concedía licencias a los ISP para que facilitaran Internet Explorer a sus suscriptores, a la

vez que los incluía en la lista de ISP accesibles desde ordenadores con el sistema operativo de Microsoft. Los ISP pagarían a Microsoft por cada suscriptor conseguido de esta manera y Microsoft obtendría publicidad para el Explorer. Los acuerdos incluían algunas cláusulas que la Comisión consideraba que podían conducir a «cerrar el acceso al mercado de navegadores y a promover el uso de tecnología propiedad de Microsoft». En concreto, se eliminó la cláusula que forzaba a los distribuidores a alcanzar un mínimo de copias de Microsoft Explorer y se les permitió promocionar otros navegadores. La Comisión aprobó los acuerdos tras estos cambios, considerando que el artículo 81(1) no era de aplicación.

Otro ejemplo de licencias entre productos complementarios lo constituyen las licencias otorgadas por los fabricantes de consolas de videojuegos. La Comisión revisó los acuerdos en materia de licencias de **Sega**, **Nintendo** (37) y **Sony** (38) con las empresas de *software* que desarrollaban juegos para estos sistemas. En los tres casos los fabricantes de las consolas concedían licencias sobre sus derechos de propiedad intelectual a condición de que los juegos fueran objeto de aprobación por el licenciador y fueran fabricados por éste o por sus empresas elegidas. En el caso de Sega y Nintendo, los acuerdos incluían además un número máximo de juegos al año que los licenciarios podían lanzar al mercado. La Comisión consideró que estas cláusulas permitían a los fabricantes «controlar el estado de la competencia en los mercados de juegos compatibles con sus consolas, mediante el control del número y el tipo de juegos lanzados, el momento de lanzamiento y sus costes de producción». Los fabricantes modificaron los acuerdos para eliminar estas restricciones y la Comisión los aprobó tras considerar que el artículo 81(1) no les era de aplicación (39).

La mayoría de los acuerdos en materia de licencias revisados por la Comisión fueron aprobados sin necesidad de modificaciones (40). Los ejemplos citados forman parte del reducido grupo de acuerdos aprobados tras ser modificados. En estos ejemplos, las cláusulas modificadas responden a la voluntad de preservar el

acceso a las redes y no restringir las condiciones de competencia en los mercados de los licenciatarios. Sin embargo, dada la aprobación de estos acuerdos vía carta administrativa, no existe información acerca del análisis de la Comisión con relación a los efectos sobre la competencia de las restricciones impuestas a los licenciatarios.

En este sentido, un reciente informe de evaluación del RECAT (41), realizado por la Comisión, pone de relevancia su carácter demasiado legalista en oposición a la reciente visión más económica de las Directrices en materia de restricciones verticales y acuerdos entre competidores. Entre otras cosas, el RECAT no distingue entre acuerdos entre competidores y acuerdos entre empresas relacionadas verticalmente, cuyos efectos sobre la competencia son distintos. Así, las cláusulas prohibidas no tienen en cuenta sus posibles beneficios económicos en caso de relaciones verticales entre empresas, a diferencia de lo que ocurriría si se analizaran según las Directrices. Esta visión legalista del RECAT ha sido considerada como un posible «corsé [impuesto] al sector, [que] puede haber tenido por efecto forzar a las partes a celebrar acuerdos menos adecuados a sus necesidades y posiblemente menos eficientes o cargar con los costes administrativos de una notificación» (42).

ACUERDOS DE INTERCONEXIÓN

Las economías de red también tienen mucho peso en el desarrollo viable de las innovaciones. Para ofrecer al usuario un servicio global, ofreciendo acceso a redes del mayor tamaño posible, las empresas pueden compartir sus redes y evitar solapamientos entre ellas. En este caso, la política de la Comisión se dirige a evitar que la nueva infraestructura se convierta en un cuello de botella que cierre el mercado a los competidores fuera del acuerdo (43).

Un ejemplo de acuerdo de este tipo es la creación de **Global European Networks** (44) (GEN). En 1994, los principales operadores de telecomunicaciones europeos acordaron crear una red de fibra óptica entre los nodos de cada uno de ellos para mejorar así la velocidad de transmisión, la

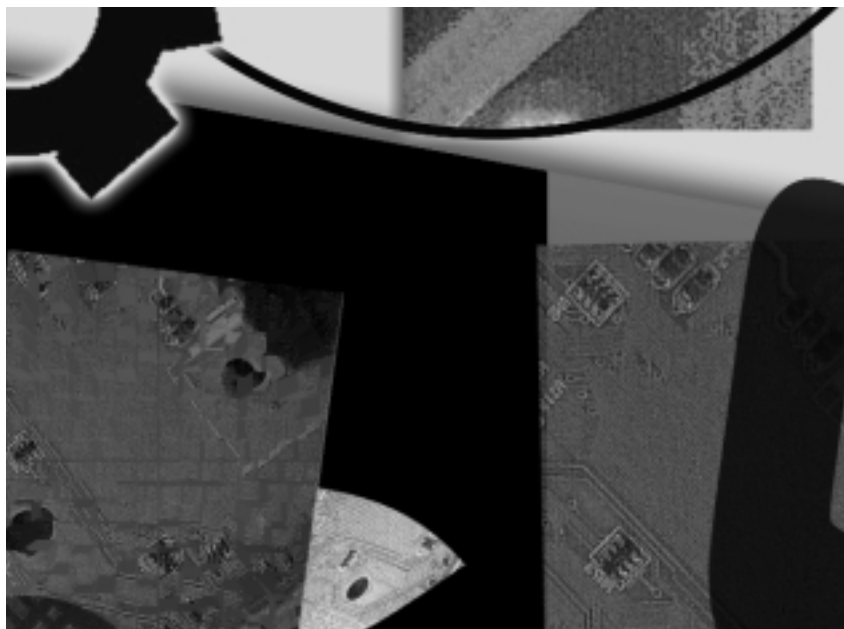
calidad y la fiabilidad del servicio. En los acuerdos se establecía una tarifa de acceso a la red GEN de cada operador común a todos los signatarios y el acceso de terceros a las redes de GEN quedaba prohibido. Ambas cláusulas restringían la competencia puesto que, por una parte resultaban en una fijación de precios y, por otra, las empresas conseguían mantener su posición dominante impidiendo la competencia de los operadores entrantes. Dados los beneficios que podían derivarse de la existencia de una red europea de alta calidad, la Comisión aprobó los acuerdos tras modificarlos de manera que el acceso a las redes fuera abierto a terceros mediante el pago de tarifas que serían negociadas bilateralmente y sin discriminación entre el operador signatario y el operador interesado en el acceso.

Este tipo de acuerdos, sin embargo, no está exento de problemas, como muestra el caso del roaming (45) en telefonía móvil. En 1997 la Comisión aprobó los *acuerdos entre operadores de telefonía móvil bajo el estándar GSM* (46), que pretendían establecer un modelo de acuerdo estándar para facilitar las negociaciones entre operadores en materia de *roaming* internacional.

Los beneficios de estos acuerdos eran claros, puesto que reducirían los costes de negociación y facilitarían la rápida introducción de un servicio que permitiría a los usuarios disfrutar de los servicios de telefonía móvil ofrecidos por su operador incluso fuera de su territorio nacional. Basándose en estos beneficios, la Comisión aprobó los acuerdos bajo dos condiciones para evitar la coordinación entre las partes: en primer lugar, que los usuarios tuvieran la libertad de escoger el operador con tarifas más ventajosas para el territorio en el que necesitaban utilizar los servicios de telefonía; en segundo lugar, que las partes se comprometieran a no difundir información más allá de la necesaria para la prestación de los servicios de *roaming*.

Sin embargo, en enero de 2000 la Comisión inició una investigación sobre la situación de la competencia en este mercado (47) al existir indicios de colusión en precios. En numerosos mercados

nacionales se observaban precios idénticos ofrecidos por distintos operadores y, comparados internacionalmente, los precios parecían converger hacia los de los países con tarifas más elevadas. Más allá de las características de este tipo de servicios y de la estructura del mercado, se identificaron ciertas consecuencias de los acuerdos en materia de *roaming* que facilitaban el comportamiento coordinado en precios: por un lado, los acuerdos estándar contribuían a la transparencia de los precios y desincentivaban la negociación de acuerdos con otros proveedores de *roaming* distintos a los operadores de móviles; por otro lado, las obligaciones de no-discriminación de estos acuerdos desincentivaban la introducción de nuevas modalidades de servicio más competitivas, como podrían ser acuerdos preferenciales con descuentos en los precios.



Así pues, las ventajas de los acuerdos de interconexión pueden ser menores debido a los mecanismos de coordinación que pueden proporcionar a las partes y que pueden ser difíciles de eliminar. Estos mecanismos serán menos poderosos cuanto mayor sea la capacidad del usuario final de escoger entre proveedores de *roaming* y mejor sea su información sobre el precio de estos servicios. En estos servicios, la competencia a nivel minorista es una de las maneras de incentivar una mayor competencia a nivel de servicios entre operadores. Sin embargo, al ser la interconexión un servicio necesario para todos los operadores y, hasta cierto punto, recíproco entre ellos —el *roaming* no tiene por qué ser recíproco, sin embargo sí se observa habitualmente en Europa— (48) los incentivos para la coordinación de los precios son claros.

MERCADOS ELECTRÓNICOS

Recientemente ha surgido una nueva modalidad de cooperación entre empresas. Se trata de la creación de mercados electrónicos destinados a los negocios entre empresas —el denominado B2B, *Business to Business*. En estos mercados, compradores y vendedores pueden ponerse en contacto con relativa facilidad y a bajo coste. En los mercados más sofisticados, los participantes pueden gozar

adicionalmente de otras ventajas como, por ejemplo, catálogos de productos, subastas, foros de discusión, noticias del sector, posibilidad de realizar transacciones on-line, etc. Existen mercados especializados que proporcionan servicios a empresas de un determinado sector y mercados que pretenden servir las necesidades generales que cualquier tipo de empresa podría tener. Sea cual sea el tipo de mercado electrónico, lo cierto es que las empresas que los crean no tienen por qué ser empresas del sector de las T.I. Las empresas convencionales están introduciendo sus propios mercados electrónicos como canales alternativos a los ya existentes. Sin embargo, un mercado electrónico no es otra cosa que una red de participantes y, por lo tanto, presenta problemas comunes a los aquí tratados.

Hasta el momento, la Comisión ha identificado dos fuentes principales de problemas derivados de la creación de un mercado electrónico (49). En primer lugar, vuelve a existir un problema de acceso a información reservada o sensible para la determinación de la estrategia de una empresa. Este problema se da tanto entre participantes, en cuyo caso existe el riesgo de coordinar comportamientos, como con respecto a los propietarios del mercado electrónico, cuyo acceso a información privilegiada les podría conceder una ventaja respecto a otras empresas. En

segundo lugar existe el riesgo, como en todos los negocios de redes, de controlar el acceso de potenciales entrantes al mercado, si el mercado electrónico en cuestión se convierte en dominante.

Estos dos tipos de problemas determinan una serie de condiciones que los acuerdos para la creación de mercados electrónicos deben cumplir (50): a) garantizar la imposibilidad de intercambio de información entre los participantes y la protección de datos; b) separación estructural entre los propietarios del mercado electrónico y el propio mercado; c) acceso abierto y no discriminatorio a todos los compradores y vendedores interesados. Además de estas condiciones, los acuerdos deben respetar las reglas de competencia existentes para cualquier otro mercado. En particular, la compra y la venta conjuntas entre empresas se permite siempre y cuando entre en los límites señalados por las directrices publicadas por la Comisión. Tampoco serán permitidos los intentos de conseguir una posición de dominio para el mercado electrónico mediante la introducción de cláusulas que de algún modo obliguen a los participantes a negociar electrónicamente únicamente desde ese particular mercado.

La Comisión ha revisado varios acuerdos de este tipo, pero hasta el momento en

de ellas tuvo buena acogida por parte de los clientes. Tras no obtener de IMS una licencia para utilizar su tecnología, NDC la denunció ante la Comisión por abuso de posición dominante.

La división de los datos sobre ventas regionales es muy importante para la industria farmacéutica, puesto que ésta utiliza estas divisiones para asignar a sus representantes los territorios que deberán cubrir y utiliza los datos sobre estas divisiones para medir el desempeño de estos representantes. En general, la industria farmacéutica alemana adopta conjuntamente la misma división de los datos, es decir, dividen el territorio en las mismas áreas. IMS utilizaba la división en 1860 áreas que había sido adoptada por toda la industria y consiguió que los tribunales prohibieran a sus dos únicos competidores el uso de divisiones derivadas de esa estructura.

La Comisión determinó que IMS gozaba de una posición de dominio gracias a su elevada cuota de mercado, calificando su situación de cuasi-monopolio. Para determinar si hubo abuso de esta posición, la Comisión utilizó los criterios establecidos en el asunto Bronner (61) para los casos relacionados con el ejercicio de derechos de propiedad intelectual (DPI). En concreto, la Comisión debía probar que: a) la denegación del acceso a la tecnología probablemente eliminaría toda la competencia en el mercado relevante; b) que esta denegación no podía ser objetivamente justificable; y c) que la tecnología era en sí indispensable para el desarrollo del negocio, en el sentido de que no existía un sustituto actual o potencial para ésta. Tras consultar con las empresas de la industria farmacéutica, la Comisión concluyó que la práctica totalidad de éstas consideraban la división en 1860 áreas como un estándar de facto y que las pocas que no lo hacían manifestaban que no cambiarían esta división por el hecho de poder contratar a otro proveedor de datos.

Por otro lado, existían elevados costes de cambio para pasar a utilizar los datos suministrados por otra empresa, puesto que esto comportaría, entre otros problemas, la falta de compatibilidad con los



datos históricos, la redefinición de contratos, la modificación de las áreas en las que se divide el territorio y la pérdida de contacto con el personal médico encargado de la compra de los productos farmacéuticos.

Más allá de estas consideraciones extraídas de la opinión de la industria farmacéutica, la Comisión examinó si existían barreras legales o técnicas que impidieran la creación de un nuevo estándar. IMS argumentaba que la información para crear uno nuevo era pública y que nada impedía a las empresas competidoras desarrollar una de las múltiples divisiones que eran posibles. Sin embargo, la Comisión era de la opinión que las consideraciones de la industria farmacéutica debían tenerse en cuenta como una restricción y que, además, existían otras restricciones de tipo técnico y legal que impedían la creación de un segundo estándar —dos divisiones del territorio vulnerarían probablemente las leyes de protección de datos, puesto que usadas conjuntamente permitirían identificar los patrones de compra de clientes individuales.

Habiendo demostrado que la tecnología de IMS era «esencial» para el desarrollo del negocio y que no existían sustitutos, el punto clave del caso se encontraba en la posible justificación objetiva para el hecho de negar las licencias de la techno-

logía a los competidores de IMS. Este punto equivale a preguntarse si los derechos de propiedad intelectual conceden a su propietario la facultad de negar el acceso a esta propiedad en cualquier circunstancia. La Comisión, basándose en la jurisprudencia europea, consideró que hay «circunstancias especiales» en las que negar licencias para estos DPI puede constituir un abuso de posición de dominio (62). Finalmente, la Comisión encontró que estas circunstancias se daban en el caso de IMS y obligó a ésta a conceder licencias a sus dos competidores en términos razonables y no discriminatorios.

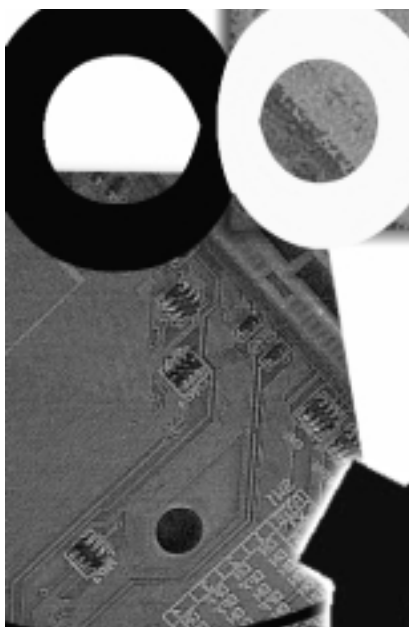
Este caso es un ejemplo de la teoría de las «essential facilities», teoría que enfrenta al derecho de competencia con los derechos de propiedad —en este caso, los DPI. Aunque la aplicación de esta teoría no está propiamente formalizada en el derecho de competencia europeo (63), la consecuencia que suele tener es la apertura a los interesados de la infraestructura considerada esencial. Este hecho puede tener consecuencias muy negativas para la innovación, puesto que se incrementa la incertidumbre sobre la posibilidad de recuperar en el futuro las inversiones que han sido necesarias para desarrollarla. La Comisión reconoce este hecho y manifiesta que el caso de IMS es «extremadamente específico». En este caso, las cir-

cunstancias excepcionales se daban debido a que la tecnología desarrollada por IMS, y sobre la que posteriormente reclamó derechos de propiedad intelectual, había sido posible tras una larga cooperación con sus clientes. Así pues, el efecto de la teoría de las «essential facilities» dependerá en gran medida de cómo se definan estas «circunstancias excepcionales».

CONCLUSIONES

El principal problema que plantean las T.I. para las autoridades de la competencia es que el control de un mercado con fuertes economías de red y, en muchos casos, con la presencia de derechos de propiedad intelectual o una inversión previa en una infraestructura física, ofrece a las empresas la posibilidad de extender este control a otros mercados relacionados. Esta parece ser también la principal preocupación de la Comisión: en mercados donde ninguna empresa se ha alzado con el control absoluto de la red, ya sea física o virtual, la Comisión analiza las fusiones y los acuerdos entre empresas de la industria asegurándose que el resultado no pueda permitir a las partes obtener este control; en los mercados donde ya existe una empresa que controla la red, el artículo 82 es utilizado para evitar que esta empresa abuse de este dominio para extenderlo a otros mercados.

En los casos de acuerdos entre empresas, la Comisión suele reconocer los beneficios económicos que se derivan de la cooperación entre empresas o las restricciones verticales que se imponen. Los acuerdos analizados muestran que las condiciones que impone van dirigidas a evitar la coordinación de las empresas en el mercado y a que no se abuse del control sobre la infraestructura esencial. Las cláusulas de no-competencia o de reparto de mercados pueden ser reconocidas como necesarias para el éxito de la cooperación y permitidas por un tiempo limitado, de manera que se reconozca la necesidad de un cierto poder para fijar unos precios que recuperen la inversión necesaria. No se permiten, en cambio, aque-



llas cláusulas que tengan como efecto que este poder de mercado sea duradero en el tiempo, es decir, aquellas que afecten a la habilidad de los rivales para competir o aquellas que frenen la innovación.

En los casos de abuso de posición dominante suelen ser importantes los derechos de propiedad: en el caso de redes físicas, los derechos de propiedad de la red; en el caso de redes virtuales, los derechos de propiedad intelectual. En estos casos el derecho de la competencia puede entrar en contradicción con el derecho de propiedad, puesto que requerir la apertura de las redes a terceros significa establecer que la empresa no tiene derecho a decidir sobre el uso de su propiedad en todas las circunstancias. En la medida en que las circunstancias que propician la intromisión en los derechos de propiedad no sean excepcionales, el efecto negativo de este tipo de decisiones sobre la innovación puede ser importante.

Sin embargo, en todos estos casos la actuación de la Comisión se justifica en tanto en cuanto las empresas en cuestión tengan, efectivamente, poder de mercado o una posición de dominio. El primer problema que las T.I. pueden plantear a este respecto es la fuerte diferenciación entre los productos que, junto con la coexistencia de distintas versiones y distintas adaptaciones a sistemas incompatibles,

puede llegar a hacer difícil la identificación de productos realmente sustitutivos. Por el momento, la Comisión ha dejado abierta en numerosas ocasiones la definición de mercado al considerar que el resultado sería independiente de esta definición. Por otro lado, aunque en sus decisiones pasadas la Comisión ha tendido a utilizar únicamente las cuotas de mercado, las recientes directrices publicadas recogen la necesidad de utilizar otros factores adicionales. Las barreras a la entrada y el tipo el dinamismo del mercado han sido factores que la Comisión ha incorporado para evaluar la aplicabilidad de los artículos 81 y 82. Adicionalmente, la Comisión también ha utilizado distintas medidas para la cuota de mercado, como por ejemplo la base instalada del producto y los pedidos actuales (64), encaminadas a establecer tanto la estructura actual del mercado como su probable evolución futura.

En resumen, la política de la Comisión parece suficientemente flexible como para permitir tener en cuenta las características de las T.I. y parece estar justificada la persecución de ciertas prácticas ante el elevado riesgo de control del mercado en este tipo de industrias. Los casos de AOL, Microsoft Internet Explorer y GEN, en los que las partes gozaban de elevadas cuotas de mercado, muestran que la Comisión no penaliza estas posiciones sino que intenta minimizar los riesgos de abuso. Sin embargo, existen políticas que pueden mejorarse —como las que afectan a las licencias entre empresas verticales— y otras, como la apertura forzosa de redes, cuyos efectos sobre la innovación merecen ser estudiados detenidamente antes de cualquier decisión.

NOTAS

- (1) Para una descripción detallada del sector ver Gual y Ricart (2001).
- (2) Mario Monti en su discurso «Content, Competition and Consumers: Innovation and Choice» pronunciado durante el «European Competition Day» en Estocolmo, Junio de 2001.
- (3) Existen también algunos argumentos que apoyan la idea de que el monopolio favorece la I+D (véase, por ejemplo, Tirole (1990) capítulo 10).

(4) El concepto de posición dominante es eminentemente jurídico. En términos económicos, equivaldría a disfrutar de poder de mercado (precio por encima de coste marginal).

(5) Gual y Ricart (2001).

(6) Para una revisión de los principales resultados de la Teoría Económica sobre esta cuestión, véase de nuevo Tirole (1998). Op cit.

(7) Véase Shapiro (2000).

(8) Kwoka y White (1999, pp. 334-5).

(9) Una definición sencilla de mercado relevante (de producto o geográfico) es la siguiente: aquel conjunto de productos que serían monopolizables en el caso en que fueran ofertados por una sola empresa.

(10) Véase, por ejemplo, Ahlborn, Evans y Padilla (2001) o Posner (2000).

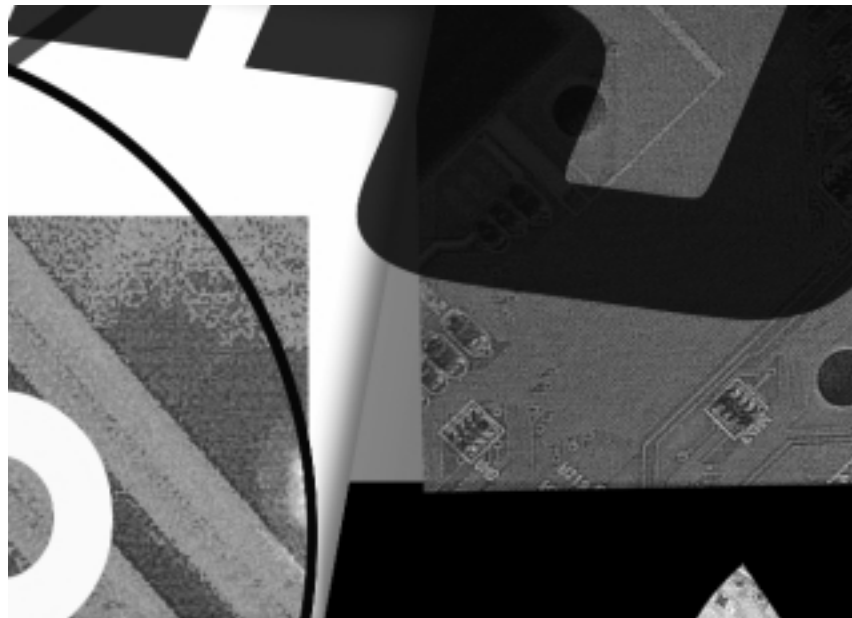
(11) El adjetivo «horizontal» se utiliza para indicar que la fusión es entre empresas hasta entonces rivales en la provisión de un bien o servicio. El adjetivo «vertical» indica, en cambio, fusiones que conllevan la integración de dos fases del proceso productivo (o, en términos de la literatura de gestión, de la cadena de valor) y se incluyen también aquellas que comprenden productos complementarios, situación muy habitual en el sector de las tecnologías de la información.

(12) Por ejemplo, en la fusión entre MCI y Worldcom, la Comisión condicionó la operación a la venta por parte de MCI de sus servicios de conectividad de máximo nivel o universal (Internet). Asunto IV/M. 1069 Worldcom/MCI, Mayo de 1999.

(13) La frustrada fusión entre los operadores de telefonía Telia y Telenor fue aprobada por la Comisión tras asegurar, entre otras condiciones, la apertura del bucle local para el uso de terceras partes. Asunto IV/M.1439 Telia/Telenor, Febrero de 2001.

(14) La Comisión aprobó la *joint venture* entre Kirch Pay TV y BskyB con la condición, entre otras, que Kirch otorgara licencias para su decodificador de televisión digital de pago en condiciones razonables y no discriminatorias. Asunto IV/M. 0037 BskyB/Kirch Pay TV.

(15) «There is no real legal possibility of justifying an efficiency defense under the Merger Regulation. Efficiencies are assumed for all mergers up to the limit of dominance —the «concentration privilege». Any efficiency issues are considered in the overall assessment to determine whether dominance has been created or strengthened and not to justify or mitigate that dominance in order to clear a concentration which would otherwise be prohibited.» Contribución de la Comisión Europea al Comité de Derecho y Política de la Competencia de la OCDE, «Efficiency claims in mergers and other horizontal cooperative agreements», Noviembre de 1995. Véase también Gual (1995, pp. 36-7) para un análisis más matizado.



(16) Una de las cuatro condiciones que se deben satisfacer para tener en cuenta las eficiencias derivadas de un acuerdo entre empresas es que éste «debe permitir a los consumidores acceder a una participación equitativa en estos beneficios». Artículo 81(3) del Tratado.

(17) Lang (1996) justifica esta posición por una cuestión de prudencia. Los efectos anti-competitivos de una fusión pueden ser permanentes si finalmente no se materializan los beneficios que deberían contrarrestarlos. Para la Comisión, los acuerdos entre empresas son más flexibles puesto que permiten retirar la exención concedida en base a los supuestos beneficios si éstos finalmente no aparecen.

(18) En el XXX Informe sobre la Política de Competencia, publicado por la DG de la Competencia en el año 2000, la Comisión manifiesta que «ha aplicado esta evaluación [posición dominante] en casos en los que la concentración tendría como consecuencia que quedara un operador dominante individual en el mercado, pero también en casos en los que la operación propuesta crearía una posición dominante colectiva». El término jurídico de dominio colectivo se refiere a la actuación de un grupo de empresas de un modo que sería equivalente al comportamiento de una sola empresa dominante. Adicionalmente, en la evaluación de posición dominante en el asunto M. 1672 Volvo/Scania de Marzo de 2000, la Comisión adujo que «además de llevar a la creación de una empresa varias veces más fuerte que su competidor más próximo, la operación habría eliminado la competencia entre dos competidores especialmente cercanos».

(19) XXX Informe sobre la Política de Competencia 2000, DG de la Competencia, p. 61.

(20) «European Competition Policy in the New Economy», discurso pronunciado por Jean-François Pons, Director General de la DG de Competencia, en el Regulatory Policy Institute de Oxford, 26 de Junio de 2001.

(21) Basado en el Asunto IV/M.993-Bertelsmann / Kirch / Premiere de Mayo de 1998.

(22) Kirch y CLT-UFA controlaban casi el 90% de los canales comerciales en abierto en Alemania.

(23) Basado en el Asunto COMP/M.1845 - AOL / Time Warner de Octubre de 2000.

(24) «Directrices sobre la aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal», Comunicación de la Comisión. Diario Oficial de las Comunidades Europeas 2001/C 3/02. «Directrices relativas a las restricciones verticales», Comunicación de la Comisión. Diario Oficial de las Comunidades Europeas 2000/C 291/01.

(25) Ibid.

(26) Véase Katz y Shapiro (1998) o Shapiro (2000). Véase también «Usos y abusos de la literatura de cláusulas vinculantes en el análisis de los mercados para bienes-sistema», de García-Mariñoso y publicado en este mismo número.

(27) Véase Besen y Farrell (1994).

(28) Como señala Posner (2000), «si las externalidades de red son suficientemente elevadas, éstas pueden dar al monopolista [o en este caso a las empresas que usan el estándar] una ventaja competitiva en costes suficiente como para exceder los beneficios de una tecnología superior».

(29) Lang (1996) señala que las predicciones realizadas por la Comisión sobre condiciones futuras del mercado han favorecido, en unos

casos, a las partes implicadas y, en otros, las han perjudicado. Ante esto, la Comisión no es muy proclive a tener en cuenta predicciones demasiado alejadas en el tiempo.

(30) Diario Oficial 2001/C 3/02

(31) Artículo 4(2)(3) de la Regulación número 17.

(32) La CEN (European Committee for Standardization), la CENELEC (European Committee for Electrotechnical Standardization) y la ETSI (European Telecommunications Standards Institute) son las organizaciones reconocidas en materia de estandarización técnica voluntaria por la directiva 98/34 de la UE.

(33) Informe de la comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre *Acciones Emprendidas con arreglo a las Resoluciones sobre Normalización Europea adoptadas por El Consejo y El Parlamento Europeo en 1999*. Septiembre de 2001.

(34) Asunto IV/31.458 - X/Open Group de Diciembre de 1986.

(35) Reglamento de Exención por Categorías de los Acuerdos de Transferencia de Tecnología (RECATT). Regulación de la Comisión número 240/96 de Enero de 1996 respecto a la aplicación del Artículo 85(3) del Tratado a ciertas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

(36) Nota de prensa de la Comisión IP/99/317, de Mayo de 1999.

(37) Informe de Competencia 1997, punto 80.

(38) Informe de Competencia 1998, p. 175-6.

(39) En Estados Unidos, las autoridades de la competencia no introdujeron limitaciones en la política de licencias de Nintendo, que permitió la expansión de la compañía a principios de los 90. En concreto, la política de licencias de Nintendo tuvo efectos positivos sobre la calidad de los sistemas de videojuegos. (Véase «Power Play (A): Nintendo in 8-bit Video Games», caso 9-795-102 de la Harvard Business School).

(40) Informe de Evaluación de la Comisión sobre el Reglamento de Exención por Categorías de los Acuerdos de Transferencia de Tecnología (Ce) número 240/96, DG de la Competencia, de Diciembre de 2001.

(41) Ibid.

(42) Ibid, p.30.

(43) Véase también los artículos publicados en este número especial «Acceso a Internet y Regulación», de Juan Delgado y «Competition and the Regulation of Interconnection in Telecommunications Markets», de Martin Peitz.

(44) Dirección General de la Competencia, notas de prensa IP/95/443 y IP/97/242.

(45) Por *roaming* se entiende la transmisión de voz o datos no mediante la red propia sino utilizando la red de otro operador. Esta situación puede darse en el ámbito nacional, para garantizar la cobertura cuando un nuevo operador no ha terminado de desplegar su red, o a nivel internacional para proporcionar servicio a un cliente desplazado fuera del territorio.

(46) Asunto IV/36153 de Noviembre de 1997, exención por carta administrativa sin publicación. Informe de Competencia 1997, DG de la Competencia. El GSM es el sistema de comunicaciones de telefonía móvil que se impuso como estándar en Europa y otros países.

(47) *On the Initial Findings of the Sector Inquiry into Mobile Roaming Charges*, Documento de Trabajo de la Comisión, de Diciembre de 2000.

(48) Ibid.

(49) XXX Informe sobre la Política de Competencia, 2000, DG de la Competencia. Véase también el artículo publicado en este mismo número especial «Mercados Electrónicos y Problemas de Información: Implicaciones para la Política de Competencia», de Merino-Castelló y Fernández-Kranz.

(50) Competition Policy Newsletter, Octubre de 2001.

(51) Asunto 38.064 - Covisint (GM, Ford, DaimlerChrysler, Renault, Nissan). Véase también la nota de prensa de la Comisión IP/01/1155 de Julio de 2001.

(52) Asunto COMP/M.1969 - UTC / Honeywell / i2 / MyAircraft.com, de Agosto de 2000.

(53) Competition Policy Newsletter, Octubre de 2001, p. 15.

(54) Definido por el Tribunal de Justicia en el caso 85/76 - Hoffman / La Roche de Febrero de 1979.

(55) Fichas Técnicas sobre la Unión Europea, Parlamento Europeo, de Septiembre de 2001 (capítulo 3.3.2).

(56) Véase Pons (2001) y la Competition Policy Newsletter de Junio de 2001, p. 20.

(57) Ahlborn, Evans y Padilla (2001).

(58) Véase Competition Policy Newsletter, de Junio de 2001, p. 19-20.

(59) El ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) es un sistema de transmisión de datos de banda ancha que aprovecha la línea telefónica convencional. En este sentido difiere del cable de fibra óptica, que también es un sistema de transmisión de banda ancha, más rápido que el ADSL, pero que requiere el despliegue de una red de cable.

(60) Asunto 38.044 - NDC Heath / IMS Health, de Julio de 2001.

(61) Asunto C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co KG. V Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG. ECR 1998, p. I-7791.

(62) La Comisión utilizó la jurisprudencia sentada por los casos de Commercial Solvents (caso 7/73, ECR 1974), Volvo (caso 287/87, ECR 1988), Magill (casos c-241/91 y C-242/91, ECR 1995), Ladbroke (caso T-504/93, ECR 1997) y Bronner.

(63) En el análisis del caso IMS Health, la Comisión señala que ni el Tribunal de Justicia ni el Tribunal de Primera Instancia se han referido explícitamente a esta teoría pero cita jurisprudencia relativa a la negativa de un operador dominante a suministrar bienes o servicios.

(64) Asunto IV/36.213/F2 - GEAE / P&W, de Septiembre de 1999.



BIBLIOGRAFÍA

AHLBORN, C., EVANS, D. y PADILLA, A. J. (2001): «Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?» *European Competition Law Review*, vol. 22 número 5.

BESSEN, S. M. y FARRELL, J. (1994): «Choosing How to Compete: Strategies and Tactics in Standardization» *Journal of Economic Perspectives*, vol. 18 número 2.

COMISIÓN EUROPEA, *Annual Reports on Competition Policy*, varios años. Dirección General de la Competencia, Bruselas.

COMISIÓN EUROPEA, *EC Competition Policy Newsletter*, varios números. Dirección General de la Competencia, Bruselas.

GUAL, J. (1995): «The Three Common Policies», en *EC Policies on Trade, Competition and Industry*, de Buigues, Jacquemin and Sapir (eds.) Edward Elgar, Aldershot.

GUAL, J. y RICART, J. E. (2001): *Estrategias Empresariales en Telecomunicaciones e Internet*, Fundación Retevisión, Madrid.

KATZ, M. L. y SHAPIRO, C. (1998): «Antitrust in Software Markets», en *Competition, Innovation, and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace: Proceedings of a Conference Held by the Progress & Freedom Foundation in Washington, DC, February 5, 1998*. Jeffrey A. Eisenach y Thomas M. Lenard (eds.), Kluwer Academic Publishers. Boston.

KWOKA, J. E. Jr. y WHITE, L. J. (1999): *The Antitrust Revolution : Economics, Competition, and Policy*, editado por John E. Kwoka, Jr., George Washington University, y Lawrence J. White, New York University.

LANG, J. T. (1996): «European Community Antitrust Law - Innovation Markets and High Technology Industries», discurso pronunciado en el Fordham Corporate Law Institute, Nueva York, Octubre de 1996.

NEVEN, D., PAPANDROPOULOS, P. y SEABRIGHT, P. (1998): *Trawling for Minnows. European Competition Policy and Agreements Between Firms*, CEPR, Londres.

PONS, J. F. (2001): «European Competition Policy in the New Economy», discurso pronunciado en la International Competition Policy Conference 2001, en el Regulatory Policy Institute de Oxford. Dirección General de la Competencia, Bruselas.

POSNER, R. A. (2000): «Antitrust in the New Economy», *U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, número 106.

SHAPIRO, C. (2000): «Competition Policy in the Information Economy», en *Competition Policy Analysis*, Routledge, 2000.

TIOLE, J. (1990): *La Teoría de la Organización Industrial*, Editorial Ariel, Barcelona.