

CONDUCTAS EXCLUYENTES Y POSICIÓN DE DOMINIO ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO

JUAN LUIS MILLÁN PEREIRA

Profesor Titular de Economía Aplicada

Universidad de Málaga

Vocal del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones económicas en general y el mundo de los negocios en particular están sometidos a un proceso de transformación continua que I. Wilkinson denominó de forma especialmente acertada *evolvability of business*¹.

La teoría de la Organización Industrial Moderna ha sido razonablemente capaz de adaptarse a estas circunstancias cambiantes y de aproximarse con éxito al nuevo escenario económico, que en la actualidad se caracteriza, entre otras, por una creciente movilidad de los bienes, servicios y factores productivos en el ámbito internacional (globalización); por la extensión de las economías de red (*network business*) y la generalización de nuevas formas de interacción entre los operadores económicos; y por la intensificación, de forma simultánea, de las relaciones de cooperación y de rivalidad entre los agentes que participan en la actividad económica, lo que hace más complejo el análisis de las reacciones de los operadores ante cualquier cambio de comportamiento por parte del resto de intervinientes en un mercado.

¹ Vid. Wilkinson, I., "The evolvability of business and the role of antitrust", *Antitrust Bulletin*, vol. 51, nº 1, spring 2006.

La política de la competencia, sin embargo, tanto en lo referente a su aplicación como en su parte sustantiva, ha mostrado una velocidad de adaptación sensiblemente inferior a los cambios que han tenido lugar en la economía que trataba de regular.

La principal razón que, a nuestro juicio, explica este hecho es la escasa influencia del análisis económico sobre el Derecho de la Competencia a pesar de que, como dijera D. B. Audretsch y otros, “if there is any body of law that owes its existence to economics, it is surely antitrust law”².

Uno de los ámbitos de actuación del Derecho de la Competencia que se está mostrando menos permeable a la influencia de la economía y de sus corrientes más modernas y, por lo tanto, donde las carencias aparecen más acusadas, es el correspondiente al análisis de las conductas excluyentes de las empresas en posición de dominio³.

Y todo ello a pesar, por un lado, del notable cambio de enfoque que se propugnaba en el reciente informe elaborado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos sobre la materia titulado “Competition and monopoly”⁴, si bien la nueva *Assistant Attorney General* de la Antitrust Division del DOJ, C. A. Varney ha marcado distancias con el mismo⁵.

Y, por otro, del todavía más reciente documento de Directrices de la Comisión Europea sobre conductas excluyentes abusivas de empresas dominantes⁶, que supone un cierto acercamiento al análisis económico y en especial en lo referente a la consideración de las eficiencias, aunque todavía menos ambicioso que el contenido en el *discussion paper* preparatorio⁷.

Tampoco los tribunales, especialmente de la Unión Europea, parecen más proclives a este tipo de “aventuras económicas”, pues los argumentos de eficiencias esgrimidos para legitimar conductas por parte de las demandadas han sido desestimados, por ejemplo, en los asuntos Wanadoo⁸ y Microsoft⁹.

² Audretsch, D. B., Baumol, W. J., Burke, A. E. (2001), “Competition policy in dynamic markets”, *Industrial Journal of Industrial Organization*, nº 19, p. 614.

³ A la misma conclusión llegó el Working Group on Competition Law del Bundeskartellamt y que hizo pública en el documento “The future of abuse control in a more economic approach to competitive law” (www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/070920_AK_Kartellrecht_E.pdf).

⁴ U.S. Department of Justice (2008): “Competition and monopoly: single-firm conduct under Section 2 of the Sherman Act”. El documento es accesible en www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm.

⁵ En concreto ha asegurado que aquel “no longer represents the policy of the Department of Justice with regard to antitrust enforcement under Section 2 of the Sherman Act” (Varney, C.A.: “Vigorous antitrust enforcement in this challenging era”, conferencia pronunciada el 11 de mayo de 2009 en el Center for American Progress). Disponible en www.usdoj.gov/atr/public/speeches/245711.htm.

⁶ Comunicación de la Comisión (2009/C45/02) sobre “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado de la CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes” (DOUE C 045, de 24 de febrero de 2009).

⁷ European Commission (DG Competition): “Discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, diciembre de 2005. El documento se puede consultar en www.ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf.

⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-340/03, France Télécom SA contra la Comisión de las Comunidades Europeas, de 30 de enero de 2007, recurrida en casación y desestimada por la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-202/07 P, de 2 de abril de 2009.

⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-201/04, Microsoft Corp. contra la Comisión de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2007.

El propósito de este trabajo es, pues, tratar de acercar el análisis económico a la política y el Derecho de la Competencia en relación con las conductas excluyentes de las empresas en posición de dominio, convencidos de que el enfoque resultante es más coherente con la realidad del mundo de los negocios que con ellas se trata de regular y más consistente con los objetivos del crecimiento y desarrollo económicos.

2. HACIA UNA MEJOR GESTIÓN DE LOS “ERRORES” DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

Las mejoras de eficacia y eficiencia constituyen objetivos de gestión prioritarios de cualquier actuación del sector público y, por supuesto, de las orientadas a conseguir que los mercados operen de la forma más competitiva posible.

Estos objetivos, supuesto que los operadores del Derecho de la Competencia disponen de los recursos suficientes para el desarrollo de su actividad, se suelen asociar directamente a la reducción de los denominados errores de tipo II (falsos negativos o errores de tipo beta) y que consisten en el no rechazo de la hipótesis nula (H_0), siendo cierta la alternativa (H_1). Y en términos de política antitrust, en la no calificación como ilícito de un comportamiento restrictivo de la competencia.

Ello se debe fundamentalmente a que sus responsables políticos muestran una tendencia natural y comprensible a otorgar el máximo valor a la actividad reguladora o de control que desarrollan, a la vez que se suelen mostrar indulgentes con los perjuicios que pudieran derivarse de un exceso de prevención.

Ahora bien, cualquier intento de resolver estos problemas *under-enforcement*, que definimos como la situación que se deriva del mantenimiento de conductas anticompetitivas en los mercados después de la actuación pública y cuyos costes provienen de la pérdida del bienestar asociada a su propia existencia, requeriría que su diseño se realizara a partir de dos proposiciones básicas: la primera, que la existencia de errores de tipo beta es consustancial a cualquier proceso de contraste; y la segunda, que el coste marginal para el sector público de combatirlos crece de forma exponencial a medida que son progresivamente eliminados.

De ambas circunstancias se sigue, necesariamente, que el objetivo de los poderes públicos en relación con los falsos negativos no debería ser otro que tratar de situarlos dentro de unos límites que se consideren aceptables.

Además, como la probabilidad de que se desarrollen prácticas anticompetitivas y la gravedad del perjuicio que pueden ocasionar sobre la economía difieren considerablemente de un tipo de conducta a otro, la conclusión sería evidente: la necesidad de que la intervención pública en materia de competencia fuese selectiva y orientada a partir de la definición de prioridades, la selección de campos de actuación preferente, así como un nuevo planteamiento en el tratamiento de base de algunas conductas, actuaciones todas ellas que deberían redundar en una mejora tanto de su eficacia como de su nivel de eficiencia.

Ahora bien, el mayor reto no es éste, sino que en sintonía con un número creciente de investigadores, entendemos que la comisión de errores tipo I puede tener un impacto aún más importante y ocasionar unos perjuicios más graves que los anteriores sobre las posibilidades de desarrollo económico de un país y, por consiguiente, sobre el nivel bienestar de sus ciudadanos. Y en consecuencia, la reducción al mínimo de los problemas de *over-enforcement* o de exceso de prevención debería constituir la prioridad en la actuación de los poderes públicos en materia de competencia. Las razones se detallan a continuación.

Los errores de tipo I consisten en la calificación de una conducta empresarial de anticompetitiva sin serlo (falso positivo), conllevan un doble coste directo: de un lado, la disuasión de una práctica legítima; y de otro, la permanencia en los mercados de operadores menos eficientes por la vía artificial de la “persecución” de sus competidores por parte de los poderes públicos. En este último caso, el coste sería de oportunidad o de mejor opción no realizada.

Pero los efectos negativos no acaban aquí ya que la probabilidad de que se cometan este tipo de errores se incrementa de forma considerable en relación con las conductas empresariales más novedosas y creativas que, aunque pudieran suponer un reforzamiento de la posición de mercado de las empresas que las practican, también son las que presentan una mayor capacidad de incrementar la calidad de vida en las sociedades modernas. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al lanzamiento de nuevos productos, a la integración de la cadena de valor, a la inversión en intangibles o al aumento de la escala de producción, entre otros.

Y a todo ello le debemos añadir los efectos derivados de la falta de seguridad en su calificación desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, lo que introduce un elemento de incertidumbre en los procesos de toma de decisiones de las empresas, con los consiguientes perjuicios que de ello se derivan en relación con la idoneidad del equilibrio para el desarrollo económico.

Por lo tanto, uno de los mayores retos a los que se enfrenta en la actualidad la política de competencia consiste en evitar que de su mano se introduzcan elementos que distorsionen el comportamiento eficiente de los agentes, en especial en relación con los movimientos más poderosos desde el punto de vista de la mejora asignativa de los recursos que son, en general, los que somete a una vigilancia más estrecha porque los suelen desarrollar empresas dominantes. Además, esta situación estimula la búsqueda de estrategias alternativas a la propia “competencia vigorosa” para mejorar los resultados de las exploraciones e incluso podría estar propiciando un uso subversivo de la política de competencia por parte de las empresas menos eficientes que operan en los mercados (sobre este tema volveremos más adelante).

En este sentido, un paso decisivo de reforma consistiría en revisar la política de competencia desde el punto de los criterios de regulación eficiente (*better regulation*) que, por ejemplo, la OCDE estableció en *Recommendations on improving the quality of government regulation*.

Entre los principios contenidos en el documento y que serían de aplicación en relación con la mejor gestión de los errores de la política de competencia destacan que la intervención pública sólo se produzca cuando sea necesaria; que la política diseñada sea la más adecuada para la consecución de sus objetivos de entre todas las alternativas existentes; que los beneficios de la actuación superen los costes en los que pudiera incurrir; y que las distorsiones sobre el funcionamiento de los mercados sean las mínimas posibles.

3. DE LA “DEFENSA DE LOS COMPETIDORES” A LA “PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EFECTIVA”

A diferencia de lo que podría parecer, en la actualidad existen profundas discrepancias entre operadores y teóricos de la política de competencia acerca de cuáles son sus objetivos. De un lado se encuentran quienes centran el punto de mira de sus actividades en la promoción/defensa de determinadas estructuras de mercado por cuanto consideran que poseen cualidades intrínsecamente superiores desde el punto de vista de la asignación de recursos y el bienestar social (enfoque de “defensa de los competidores”).

Y del otro los que consideran que, además de dichas estructuras, en el comportamiento de los agentes en los mercados influyen otros elementos de forma si cabe aún más decisiva, por lo que la acción política debería orientarse a la consecución del mayor grado de rivalidad real entre los participantes en los intercambios (enfoque de “protección de la competencia efectiva”).

La adopción de uno u otro enfoque no es una cuestión irrelevante sino decisiva, ya que el objetivo seleccionado determinará la forma en que la política de competencia se aproxime a los hechos, su propio análisis y el sentido de las prescripciones que se dicten. Y sus consecuencias especialmente significativas en aquellos campos en los que las estructuras de mercado jueguen un papel más decisivo: las fusiones horizontales y el comportamiento de las empresas dominantes.

En líneas generales se podría decir que desde hace décadas se está observando una cierta evolución desde el planteamiento tradicional hacia el centrado en la protección de la competencia efectiva, especialmente visible en los últimos años y sobre todo en Estados Unidos, pero lo cierto es que la balanza se mantiene claramente inclinada a favor del primero.

Entre las posibles explicaciones de este fenómeno encontramos las circunstancias socio-económicas que rodearon la aparición de las primeras normas antitrust, la defensa de los intereses de los pequeños empresarios y agricultores frente a las grandes corporaciones industriales, que influyeron en su orientación y que en buena medida han mantenido su influencia a lo largo del tiempo; el predominio hasta bien entrada la década de los setenta del paradigma clásico “estructura-conducta-resultados” en economía de la competencia, claramente determinado

por el enfoque de la defensa de los competidores; o la resistencia de los tribunales de justicia a introducir cambios sustanciales en la aplicación del derecho ya que, como dice S. Breyer, “courts must protect those who have relied upon prior law and prior approaches”¹⁰.

Cualquiera que sea la razón, sea alguna de éstas u otras, lo cierto es que en la actualidad no existen argumentos de peso que justifiquen que se siga aplicando de forma generalizada dicho enfoque por falta de rigor científico desde el punto de vista de la teoría económica y porque de su aplicación a menudo se derivan situaciones verdaderamente paradójicas. O de qué otra forma podríamos calificar el hecho de que se sigan desautorizando/persiguiendo conductas beneficiosas desde el punto de vista del bienestar general por el hecho de que con ellas se eliminan competidores o, simplemente, porque las empresas que las protagonizan disfrutan o pueden llegar a alcanzar una determinada posición en los mercados; en tanto que se estarían bendiciendo otras intachables desde el punto de vista de la competencia formal pero podrían ser pésimas desde el punto de vista de la asignación de recursos.

La ciencia económica moderna, y en especial las aportaciones que se han realizado desde la *Industrial Organization Theory*, muestra un amplio consenso académico en torno a una serie de ideas que están llamadas a transformar el orden de prioridades en la determinación de los objetivos de la política de competencia y a situar definitivamente el enfoque de la protección de la competencia efectiva en su epicentro:

- a) La estructura de los mercados condiciona de forma muy importante el nivel de competencia teórica que existe en aquéllos. Pero en la efectividad de la competencia influyen otras variables, en especial la existencia de barreras en el mercado y su consistencia; las características de la demanda y la capacidad negociadora de los clientes; la potencia económica de los competidores, etc. Y es que, como asegura H. Demsetz, “determining the degree of competitiveness is a very different problem from the application of either the competitive or monopoly model to a particular solution”¹¹.

Así por ejemplo, el equilibrio que se alcance en un mercado con una competencia atomizada no tiene por qué ser necesariamente mejor desde el punto de vista del bienestar general que el que pudiese corresponder a un mercado más concentrado pero altamente contestable o a un oligopolio no cooperativo; del mismo modo que un mercado con muchos oferentes de productos diferenciados (competencia monopolística) puede conducir a un resultado muy próximo al que se obtendría en una situación de monopolio.

¹⁰ Breyer, S. (2004), “Economic reasoning and judicial review”, AEI-Brooking Joint Center for Regulatory Studies, American Enterprise Institute for Public Policy Research y The Brooking Institution, p. 16.

¹¹ Demsetz, H. (1976), “Economics as a guide to antitrust regulation”, *Journal of Law and Economics*, vol. 19, nº 2, p. 372.

De lo anterior se deduce que la protección *per se* de un determinado tipo de mercado sólo se justifica desde un punto de vista muy genérico. La teoría de juegos constituye una herramienta valiosa para analizar las características del equilibrio que se alcanzaría como resultado de la interacción de los agentes en función de las diversas circunstancias que concurren en cada caso.

- b) La competencia presenta las características propias de un juego de suma cero, especialmente cuando la demanda de los consumidores exhibe un comportamiento inelástico. Es decir, los esfuerzos por parte de empresas rivales por convencer a los demandantes para que se decanten por sus respectivos productos, cualquiera que sea el procedimiento que empleen, supone, necesariamente, la merma de la posición de mercado de aquéllas que tengan menos éxito en la tarea y, en casos extremos, su desaparición. Así pues, el cierre de las empresas menos eficientes, innovadoras y creativas constituye un rasgo consustancial a las economías de mercado y, tal como ya pusiera de manifiesto J. A. Schumpeter hace más de medio siglo, en líneas generales ello no debería interpretarse sino como un síntoma de dinamismo competitivo¹².
- c) La consecución de economías de escala, alcance o red constituye un objetivo socialmente deseable por cuanto implica un mejor aprovechamiento para la sociedad de los recursos productivos disponibles. O dicho de otra forma, la producción atomizada podría ser una estrategia extraordinariamente costosa si para obtener una determinada cantidad de producto final utilizara una mayor cantidad de recursos.

De hecho, cuando en ausencia de restricciones legales u otro tipo de barreras significativas a la entrada de empresas en un sector, una estructura de mercado presenta un alto grado de concentración que permanece inalterada o incluso crece a lo largo del tiempo, debemos concluir que el mantenimiento de esa situación de equilibrio se debe esencialmente a razones de coste. Y, por consiguiente, cualquier estrategia pública destinada a combatirla, si exceptuamos la eliminación de los obstáculos marginales que pudieran dificultar el acceso de nuevos operadores al mercado, únicamente iría en detrimento del bienestar de los consumidores.

- d) Aunque las empresas pueden desarrollar comportamientos estratégicos para mejorar su posición de mercado e, incluso, eliminar a sus rivales, la competencia basada en méritos domina ampliamente sobre las de carácter ilícito.

Sobre este asunto, y haciendo gala de un gran sentido del humor, el profesor R. A. Posner aseguró que sólo existían tres formas mediante las cuales una empresa puede obtener, mantener o incrementar su poder de monopo-

¹² En concreto, la expresión que J. A. Schumpeter empleó en "Capitalismo, socialismo y democracia" para referirse a este proceso fue la de *destrucción creativa*. Con ella quiso referirse a una de las características de las economías de mercado, además de una de sus grandes virtudes: el hecho de que las empresas que operan en mercados competitivos se ven continuamente obligadas a innovar, experimentar y a crear nuevos productos, lo que conlleva la desaparición de los artículos obsoletos, de los métodos y técnicas de producción ineficientes y de las empresas que los practican.

lio: consiguiendo el favor de los consumidores, obteniendo una patente de forma fraudulenta o haciendo explotar la fábrica de su competidor, y las dos últimas prácticas están suficientemente castigadas por las leyes¹³.

Y como norma general se podría afirmar que cuando una determinada conducta empresarial se produce en cualquier situación de mercado, lo lógico sería asumir que su propósito es legítimo.

Pero incluso en el caso de que se demostrase que la empresa en cuestión persigue una estrategia de cierre del mercado, habría que constatar si finalmente el grado de competencia efectiva resulta dañado y, además, el bienestar de los consumidores perjudicado. Desde este punto de vista, las únicas conductas intrínsecamente reprobables desde un punto de vista económico serían aquéllas que tuviesen como único propósito la eliminación de la competencia.

Ahora bien, como quiera que la distinción entre actividades legítimas y deseables y aquellas otras que no lo son no es una tarea sencilla y el control indiscriminado de cualesquiera conductas de las empresas que supusiesen la desaparición o la pérdida de cuota de mercado de las competidoras podría tener consecuencias negativas considerables sobre la intensidad de la competencia efectiva, se hace imprescindible que se avance en la definición de un procedimiento de contraste solvente de intencionalidad única e ilegítima.

- e) Las actuaciones encaminadas a eliminar o restringir la competencia en los mercados son extraordinariamente costosas para las empresas que las lideran. Su sostenibilidad a medio plazo dependerá, básicamente, de la existencia de barreras de entrada en el sector que nos ocupe. Pero el creciente grado de internacionalización de las economías apunta en la línea del adelgazamiento de los obstáculos de todo tipo en la entrada a los mercados y el aumento de la competencia potencial a nivel mundial.

No obstante, y por razones de naturaleza diversa, los poderes públicos, introducen en ocasiones trabas a la entrada de empresas en un sector o rama la actividad. La política de competencia tiene, pues, en este ámbito un importante campo de acción con el objeto de impedir que la propia administración se establezca o refuerce los elementos que dificultan u obstaculizan el desarrollo de la competencia potencial y, por consiguiente, el funcionamiento competitivo de los mercados.

- f) La innovación es la variable decisiva en los procesos de competencia en la actualidad, más allá del precio de los bienes y servicios objeto de intercambio¹⁴. Las empresas más creativas desde el punto de vista productivo, las que desarrollan las estrategias comerciales más arriesgadas y las que más invier-

¹³ Cfr. Posner, R. A. (1976), "Antitrust law. An economics perspective", The University Chicago Press, p. 184.

¹⁴ Vid. Kolasky, W. J., "What is competition? A comparison of U.S. and European perspectives", *Antitrust Bulletin*, vol. 49, nºs 1-2, spring 2004, pp. 32-33.

ten en mejorar la componente tecnológica de los bienes que ofrecen serán, previsiblemente, las que reciban el favor de los consumidores, aunque sus posibilidades de fracaso también son más elevadas.

Y en general son las empresas de tamaño medio y grande las que están realizando una apuesta más decidida por la innovación, lo que contribuye de forma muy significativa al incremento de la competencia efectiva de cuyos efectos se benefician en gran medida los consumidores.

La correcta comprensión del fenómeno requiere, además, que se adopte un enfoque esencialmente dinámico de los efectos económicos de las conductas innovadoras, ya que los efectos de muchas de ellas sólo se percibirán en su integridad con el transcurso del tiempo. Es más, en ocasiones pudiera incluso producirse un conflicto entre el sentido de los efectos inmediatos y los que se observarían a medio o largo plazo, por lo que el análisis dinámico resulta imprescindible para conocer el verdadero alcance de una actuación empresarial.

En general, las excepciones a las normas de competencia (protección de la investigación, sistemas de patentes y propiedad intelectual¹⁵) responden a esta lógica y sus resultados están resultando muy satisfactorios.

4. LA UTILIZACIÓN ESTRATÉGICA DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA Y SU PREVENCIÓN

La Teoría de la Elección Pública (*Public Choice Theory*), que se desarrolló a partir de los trabajos seminales de J. M. Buchanan, ha permitido extender la teoría económica al estudio de la formación de voluntades y la toma de decisiones por parte de los responsables políticos.

Uno de los campos anejos a la disciplina que ha tenido un mayor predicamento ha sido el conocido como *rent-seeking*. Sobre este asunto G. J. Stigler se manifestó con meridiana claridad cuando aseguró que:

we assume that political system are rationally devised and rationally employed which is to say that they are appropriate instruments for the fulfillment of desires of members of the society (...) indeed the problem of regulation is the problem of discovering when and why an industry (or other group of likeminded people) is able to use the state for its purposes¹⁶.

¹⁵ Vid., por ejemplo, Anderman, S., "EC competition law and intellectual property rights in the new economy", *Antitrust Bulletin*, vol. 47, nº 2-3, fall 2002; o Masoudi, G. F., "Efficiency in analysis of antitrust, standard setting, and intellectual property", conferencia pronunciada el 18 de enero de 2009 en el *Workshop on standardization, IP licencing, and antitrust*, Tilburg Law & Economic Center, Tilburg University, Brussels.

¹⁶ Stigler, G. J., "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economic and Management Science*, vol. 2, nº 1, spring, 1971, p. 4.

Esto es, en la medida que cualquier decisión política en el ámbito económico implica una alteración en el reparto de rentas entre los agentes, éstos procurarán influir en la gestación de los criterios y decisiones públicas que les garanticen un control indirecto sobre las fuentes de renta que controlan las administraciones públicas, ya sea parcial o totalmente, directa o indirectamente. Es decir, actuarán como *rent-seekers* o *rent-preservers*.

Si algunos colectivos tienen éxito a la hora de persuadir a los gobernantes de que sus intereses particulares merecen una protección especial, éstos habrán logrado que el resultado de la acción pública derive en un reparto de rentas en su beneficio.

Como es de suponer, la política de competencia no está exenta de este tipo de presiones y de comportamientos estratégicos por parte de los operadores en los mercados, en especial de las empresas menos eficientes, que buscarán la protección del sector público para resguardarse de los rigores de la competencia. Es más, como dicen W. J. Baumol y J. A. Ordover:

the antitrust and regulatory institutions have shown themselves to be sources of substantial incentives and opportunities for such rent-seeking activity. Whenever a competitor becomes too successful or too efficient, whenever his competition threatens to become sufficiently effective to disturb the quiet and easy life his rivals is leading, the latter will be tempted to sue on the grounds that the competition is unfair¹⁷.

Y es que, en líneas generales, es más fácil y potencialmente lucrativo intentar conseguir que una determinada conducta de una empresa rival sea declarada anti-competitiva o se someta a condiciones que restrinjan su impacto sobre el mercado, que recurrir a mejoras de gestión u organización en la propia empresa que le permita recibir un mayor número de votos monetarios por parte de los consumidores (o para conservarlos).

La actividad de los buscadores de renta, no obstante, tiende a mantenerse en estado latente en dos tipos de situaciones: en primer lugar, si todos los participantes en el mercado tienen la misma capacidad para influir en los procesos de toma de decisiones de los poderes públicos, ya que en este caso se crearía una suerte de campo de fuerzas opuestas que contrarrestaría los efectos distributivos de sus políticas y haría desaparecer el interés de los *rent-seekers*. O, al menos, si este mercado fuese altamente contestable; es decir, si como consecuencia de la actividad de un colectivo en concreto, los que sintieran amenazadas sus rentas reaccionaran y pudieran intervenir en el proceso con la misma efectividad.

Y, en segundo, si los costes de su actuación no se vieran suficientemente compensados por los beneficios esperados multiplicados por la probabilidad de que

¹⁷ Baumol, W. J., Ordover, J.A. (1985), "Use of antitrust to subvert competition", en *Journal of Law and Economics*, vol. 28, nº 2, p. 248.

su misión tuviese éxito, ya que en ese caso lo que se estaría produciendo es una transferencia neta de renta de los demandantes hacia las empresas consultoras y asesores legales y económicos a los que tuviese que recurrir.

Sin embargo, en su formulación más habitual, la política de competencia presenta elementos que favorecen que a su alrededor se desarrolle una intensa actividad por parte de los buscadores de renta.

Así resulta que, en la mayoría de los casos, los denunciantes de prácticas anti-competitivas disfrutan del poder si no de paralizar una determinada conducta empresarial, sí al menos de retrasarla durante un periodo más o menos largo y, en cualquier caso, de hacer que la parte demandada incurra en importantes gastos para justificarla, además con un resultado imprevisible. Y todo ello a un coste muy reducido (en la mayoría de los casos de cero) y, como se ha apuntado, con unos beneficios potenciales muy elevados.

La tendencia de los poderes públicos por proteger a los competidores frente a la competencia efectiva; el sentido de la carga de la prueba, que habitualmente recae sobre el denunciado; el sometimiento de numerosas conductas empresariales a procedimientos de autorización previos en materia de competencia; la deficiente consideración del argumento de las eficiencias, la exigencia de que sean demostrables, constituyen auténticos catalizadores de actividad de los buscadores de renta en torno a las políticas de competencia.

Evitarla o al menos reducirla, debería constituir un objetivo prioritario de la política de competencia ya que los buscadores de renta podrían estar alterando significativamente sus efectos reales e, incluso, decantando el resultado de su actividad en contra de la competencia efectiva, con la consiguiente pérdida de bienestar social como consecuencia tanto de la permanencia en el mercado de actores poco eficientes, como de la ralentización en el desarrollo de comportamientos empresariales impulsores del crecimiento económico, de la asignación eficiente de recursos y del aumento de bienestar de los consumidores. Sobre alguno de estos asuntos volveremos en el apartado 5.

5. EL ARGUMENTO DE LAS EFICIENCIAS AL PRIMER PLANO

Otra aportación de la economía al proyecto de modernización de la política de competencia en relación con el tratamiento de las conductas excluyentes de las empresas en posición de dominio consistiría en la incorporación resuelta y decisiva del análisis de las eficiencias¹⁸. La época de la desconsideración de las eficiencias e

¹⁸ Sobre la evolución histórica del argumento de las eficiencias se puede consultar Leary, T. B. (2002), "Efficiencies and antitrust: a story of ongoing evolution", comentarios realizados para la ABA Section of Antitrust Law Forum (<http://www.ftc.gov/speeches/leary/efficienciesandantitrust.shtm>).

incluso del recurso a las “eficiencias excesivas”¹⁹ como argumento para prevenir u obstaculizar determinados movimientos de los operadores en los mercados tiene que dejar su sitio de privilegio a planteamientos más coherentes y consistentes con las fuerzas motoras del cambio en la economía.

Es cierto que, como señalábamos al principio, ha habido algunos intentos de aplicar el análisis de eficiencias por parte de los tribunales y autoridades de competencia en la consideración de tales conductas, lo que sin duda merece una valoración positiva, ya que ni el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea ni el 2 de la Sherman Act prevén la posibilidad de que se declare la inaplicabilidad de la prohibición de determinadas prácticas por parte de empresas dominantes si concurren razones de eficiencia (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en relación con los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, para las que sí se plantea expresamente esa posibilidad).

Pero la situación actual se nos antoja a todas luces insuficiente, además de un agravio comparativo que discrimina con razones de débil sustento teórico a las empresas que han alcanzado una determinada posición en un mercado. También supone una restricción en la consideración de la variable que guarda una relación más directa y estrecha con el bienestar de los consumidores: el nivel de eficiencia que se alcanza en los procesos productivos.

Si ya carece de sentido que el mejor aprovechamiento de los recursos desaparezca del centro del análisis de la competencia si una empresa alcanza el umbral de dominancia, cuando, simultáneamente, se esgrimen argumentos de eficiencia para justificar la bondad de las estructuras de mercado menos concentradas; si, tanto en las empresas que operan en condiciones de competencia atomizada como en las que disfrutan de situaciones de monopolio, el aumento de la rentabilidad se fundamenta preferentemente en los procesos encaminados a conseguir que el esfuerzo productivo sea óptimo; y si se acepta que la competencia en méritos constituye la forma ordinaria de progreso de una empresa, no se puede invertir completamente el sentido del análisis y presuponer que el mantenimiento o el incremento de su cuota a partir de cierto nivel, además indeterminado, se va a producir preferentemente de forma ilegítima. O que el único propósito que persigue una empresa cuando lucha por convertirse en dominante es abusar de su posición.

Por lo tanto, la plena apertura de las conductas excluyentes de las empresas dominantes al análisis de eficiencias constituye una auténtica necesidad económica y social que habrá que articular de forma adecuada y, si así se considera, someter a condiciones de reparto de las ganancias para asegurar que los consumidores también perciban parte de los beneficios de la nueva situación de mercado.

A continuación se detallan los argumentos de eficiencia que subyacen debajo de las conductas excluyentes extraídos del análisis de sus efectos contrastados en

.....
¹⁹ Vid. Odriozola, M., Irissarry, B. (2006), “El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito del control de concentraciones. ¿Un nuevo desafío o una misión imposible”, en Cases, Ll. (Dir.): *Anuario de la Competencia 2005*, Marcial Pons, p. 251.

distintos mercados. No obstante los elementos comunes que aparecen en muchas de ellas, se ha optado por realizar un tratamiento diferenciado para facilitar el seguimiento individualizado que se exigiría en la práctica para abordar los distintos casos que se pudieran plantear.

Como la relación de conductas podría ser muy extensa y en algunas de sus expresiones más novedosas incluso discutible, se ha optado por realizar una selección de las que se encuentran ampliamente aceptadas y que, además, son las más frecuentes y relevantes.

5.1. LA UTILIZACIÓN DE PRECIOS PREDATORIOS

La utilización de precios predatorios por parte de empresas dominantes constituye una práctica que puede provocar una restricción importante de la competencia y ocasionar daños significativos en los niveles de bienestar de los consumidores a medio plazo, aunque a corto plazo se pudieran beneficiar de aquéllos.

Ahora bien, existe un amplio consenso entre los analistas a propósito de que tales efectos sólo se producirán si las empresas rivales no pueden replicar dichos precios, lo que las conducirá al cierre; si tras la reducción de la competencia la empresa dominante tiene capacidad para situar los precios por encima del nivel competitivo; o si existen barreras insalvables que impidan la entrada de nuevas empresas, atraídas por los beneficios extraordinarios que se estuvieran obteniendo en el mercado.

A las condiciones restrictivas en relación con las circunstancias exigidas para que los efectos negativos se produzcan, se debe añadir la extraordinaria dificultad para diferenciar una política de precios agresiva²⁰, que no sería sino la más genuina expresión de una competencia vigorosa y saludable, de la utilización de precios predatorios para eliminar competidores. El coste social de un error de apreciación por parte de los tribunales o autoridades de competencia en relación, por ejemplo, con el inicio de una guerra de precios en un mercado oligopólico no colusorio sería extraordinario, pues con ello los reguladores de los mercados estarían impidiendo que las relaciones económicas se desarrollaran conforme a patrones competitivos.

Y a todo ello debemos añadir que la predación de precios, o como la definió R. H. Koller “one of the oldest and most familiar villains in our economic folklore”²¹, puede estar avalada por justificaciones con base en criterios de eficiencia.

²⁰ Este asunto se desarrolla exhaustivamente en Mano, M., Durand, B. (2005), “A three-step structured rule of reason to assess predation under article 82”, discussion paper, DG Competition (http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/pred_art82.pdf).

²¹ Koller II, R. H., “The myth of predatory pricing: an empirical study”, *Antitrust Law & Economics Review*, vol. 4, nº 4, summer 1971, p. 105.

El pleno aprovechamiento de la disminución de costes asociados a las economías de escala exige que la producción se sitúe en el entorno del mínimo de la función de costes medios a largo plazo de la empresa. Así pues, resulta coherente y eficiente que aquéllas, y por supuesto las dominantes también, desarrollen estrategias para incrementar su producción hasta situarla en ese nivel óptimo en función de la escala de planta que tiene instalada. Y desde ese punto de vista, una política agresiva de precios puede ser una vía como cualquier otra para alcanzar ese objetivo²².

De igual modo, cuando una empresa dominante en un determinado mercado define su comportamiento óptimo en relación con la producción de un nuevo artículo, la rebaja del precio de venta por debajo del coste actual de fabricación también podría encontrar su justificación en lo que se conoce como *learning by doing*. Esto es, en el aprovechamiento de la disminución de costes que se produce cuando, al producir a mayor escala, se aprende a hacerlo de forma más eficiente.

En ambos casos, la rebaja de precios podría interpretarse como una estrategia de inversión de la empresa sólo que, en vez de un nuevo equipamiento productivo, en el máximo aprovechamiento del ya existente o en la mejora de la eficiencia productiva por efecto aprendizaje que se consigue cuando se incrementa la producción de un artículo, respectivamente.

5.2. VENTAS EXCLUSIVAS Y DESCUENTOS DE FIDELIDAD

Existe la posibilidad de que una empresa dominante emplee la política de ventas exclusivas y los descuentos de fidelidad para tratar de conseguir un cierre anticompetitivo del mercado en un doble sentido: al restringir, de un lado, el universo de establecimientos a través de los cuales la competencia puede distribuir sus productos; y, de otro, al otorgar a determinados operadores un derecho de venta sobre el bien que produce o conceder a las empresas que ya operan en el mercado una ventaja absoluta de coste sobre los competidores potenciales que todavía no han accedido a él.

Lo habitual, no obstante, es que las estrategias comerciales por las que una empresa dominante establece relaciones de exclusividad con los distribuidores de su marca o concede incentivos a éstos —o compensaciones por la obligación que ello supone, según se considere— bajo la fórmula de descuentos de fidelidad (condicionales e incrementales, preferentemente), encuentren poderosas justificaciones desde el punto de vista de las eficiencias.

La más significativa es que constituye una estrategia indispensable para acceder a determinadas ahorros de coste que previsiblemente se trasladarán parcialmente

²² El argumento de las eficiencias, sin embargo, no sería aplicable a los descuentos promocionales de productos en cuyo mercado relevante la empresa ya disfruta de posición de dominio.

a los consumidores, entre otros las que se derivan del mejor aprovechamiento de economías de producción (de escala, de aprendizaje, etc.); los que se producen como consecuencia del ahorro en gastos de manipulación, empaquetado y envío, al estar las ventas concentradas en un número más o menos reducido de vendedores; o los asociados a la reducción de los costes de gestión como consecuencia de la mayor facilidad de coordinación, seguimiento y control de las distintas fases del proceso de distribución de los productos.

Un aspecto colateral es el que tiene que ver con la inversión en planta de la empresa dominante. Una relación comercial estable con sus clientes eleva la probabilidad de mantener un umbral mínimo de ventas durante un periodo de tiempo suficiente y constituye un buen entorno económico para que un proveedor, en este caso dominante, tome decisiones óptimas a medio plazo acerca de su volumen de inversiones productivas gracias a que su tasa de utilización será conocida de antemano con un alto grado de certidumbre.

La fidelidad del distribuidor, incentivada u obligatoria, también constituye una práctica indispensable para garantizar un adecuado nivel de inversión por parte de la empresa dominante en la cadena de distribución que garantice una mejor penetración de su producto en el mercado, ya que intensifica el esfuerzo real de ventas por parte del distribuidor y reduce al mínimo o elimina, respectivamente, la posibilidad de que éste se comporte como un *free-rider inter-brand* y aproveche el esfuerzo realizado por la dominante para colocar los productos de los competidores de aquélla.

Cuando, "aguas abajo", el distribuidor disfruta también de posición de dominio en su respectivo mercado relevante, la exclusividad o los descuentos de lealtad evitan el problema de la doble marginalización (*double markup*) y la consiguiente pérdida de bienestar social que se produciría si ambas empresas (productor y distribuidor) se comportaran, sucesivamente, como monopolistas, cuyos principales perjudicados serían los consumidores²³. La fidelización del distribuidor introduce en las relaciones de intercambio una fuerza de efecto contrario que desincentiva que ambas empresas recurran al *mark-up* como estrategia óptima de maximización de beneficios y la sustituyan por otra de cooperación en la que los resultados aparecen decisivamente determinados por el volumen de venta del producto y no por su margen individual.

Además, es preciso señalar que este tipo de estrategias también fomenta la competencia *inter-brand* en la medida que las marcas competidoras también deberán recurrir a fórmulas parecidas o alternativas para garantizar/mejorar su presencia en el mercado; propiciará que la empresa dominante someta a su producto a un continuo proceso de mejora para seguir disfrutando de la fidelidad del distribuidor; y favorecerá la competencia entre las empresas fabricantes de las distintas marcas

²³ Un planteamiento clásico sobre los efectos positivos que la coordinación vertical tiene, por lo general, sobre el grado de competencia efectiva y el bienestar de los consumidores, en Spengler, J. J., "Vertical integration and antitrust policy", *Journal of Political Economy*, vol. 58, nº 4, pp. 347-352.

por hacerse con los servicios de distribución de las empresas más deseables, sobre todo en relación con su volumen de ventas, lo que a su vez influirá en la calidad del servicio que se preste, las condiciones de suministro o las prestaciones complementarias, variables todas ellas que redundan en beneficio de los consumidores finales.

Por último, los distribuidores fidelizados también disfrutaban de una mayor capacidad de interlocución directa con la empresa dominante, lo que a su vez permite que la voz de los consumidores le llegue con más nitidez y que las demandas de éstos sean mejor atendidas que con una red de distribución dispersa y poco comprometida.

5.3. VENTAS VINCULADAS Y MERCADOS SECUNDARIOS

La vinculación de productos que habitualmente se intercambian en mercados diferentes en paquetes de venta únicos bajo las modalidades de *tying* y *bundling* es una práctica habitual en la mayoría de los sectores, además de elemental y generalmente deseable por parte de los consumidores, especialmente cuando se trata de bienes de consumo conjunto y obligatorio o cuando el pleno aprovechamiento de las características técnicas y la calidad del producto vinculante dependen de que su consumo se efectúe con el producto vinculado, que en este caso se suministraría de forma simultánea por la misma empresa.

No es frecuente (ni muy factible) que las empresas dominantes utilicen este tipo de estrategias para cerrar el mercado vinculado. En cualquier caso, las ventajas de eficiencia que se derivan de aquéllas son muy evidentes. En primer lugar, es de prever que el aumento del nivel de producción del bien vinculado se traduzca, bien en una amortización compartida de la inversión realizada en caso de que compartan la misma estructura productiva; bien en la disminución de sus costes medios de producción gracias al mejor aprovechamiento de las economías de escala o de aprendizaje. A ello le debemos añadir el consiguiente ahorro en los gastos de manipulación, etiquetado y envío del que, al igual que ocurría con las ventas exclusivas y los descuentos de fidelidad, sería difícil que no participaran los consumidores a través de unos precios menores en comparación con los que conseguirían en caso de que la compra la realizaran de modo independiente.

Además, éstos también recibirán directamente las ventajas de la vinculación de productos, especialmente si su consumo se realiza obligatoria y conjuntamente, en términos de menores costes de negociación, de transacción y de transporte y desplazamiento para garantizar la satisfacción de su demanda.

Y en segundo lugar, la estrategia comercial de la vinculación facilita la introducción en los mercados de productos novedosos e independientes desarrollados por las empresas dominantes. El aprovechamiento del soporte de su primer producto (su capacidad de penetración, su presencia masiva en el mercado o el reconocible buen nombre de la empresa por parte de los clientes, por ejemplo) para

incrementar la distribución de este tipo de artículos constituye una conducta no sólo deseable para la empresa que la practica, sino también para los consumidores que, de otra forma, se habrían resistido a probar un nuevo artículo cuya verdadera utilidad parecería difuminada en el momento de su aparición. En este caso, los descuentos por la venta vinculada (*bundled discounts*) actuarían adecuando el precio a la menor utilidad inicial del producto y, una vez superado el problema de la apreciación inicial de su valor, los consumidores podrían seguir tomando sus decisiones racionales sólo que en un universo más amplio de bienes.

El análisis de las eficiencias en los mercados secundarios (*aftermarkets*), en la medida que esta categoría se puede calificar como una venta vinculada (o pseudo-vinculada) pero diferida, coincidiría básicamente con el que acabamos de realizar.

5.4. EL RECHAZO DE SUMINISTRO Y LA COMPRESIÓN DE MÁRGENES

La libertad de negociación constituye uno de los pilares básicos sobre los que se asientan las economías de mercado; es decir, el derecho a decidir con quién se quiere negociar y a qué precio y en qué condiciones se está dispuesto a vender (o comprar) un producto.

Este derecho, no obstante, presenta restricciones cuando una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado porque se interpreta que esa posibilidad le permitiría desarrollar una conducta excluyente.

Bajo la denominación de rechazo de suministro se incluyen una serie de prácticas que tienen como denominador común la falta de justificación objetiva, como la ausencia de solvencia económica o la imposibilidad de provisión (por razones productivas, operativas o tecnológicas). Entre las más conocidas, porque el catálogo sería muy amplio, encontramos la negativa a suministrar a un cliente ya existente o nuevo, ya sea intermedio o final, competidor directo o no; la negativa a facilitar el acceso a la información necesaria para el desarrollo de una actividad o a las redes necesarias para su provisión; o la negativa a vender derechos de propiedad industrial o intelectual, entre otros.

Por su parte, la compresión de márgenes constituye una sutil variante de la negativa a suministrar, toda vez que en este caso la empresa no niega pero dificulta el desarrollo de la actividad de su cliente, estrangulando el beneficio por unidad de producto con los que éste opera.

Ahora bien, los argumentos de la eficiencia también están presentes en este tipo de estrategias comerciales. Las tres más importantes se señalan a continuación.

En primer lugar, nos encontramos con que la provisión de un bien a un determinado cliente, ya se trate de un recurso a un competidor directo o de un *input* imprescindible para una determinada empresa, puede ser una decisión muy deficiente desde el punto de vista de la eficiencia si, de modo simultáneo, se eleva el coste de producción por encima del ingreso que se derivará del nuevo suministro;

o si la empresa dominante tuviera que realizar una inversión desproporcionada o, simplemente, muy elevada para garantizar que su producto llegue al nuevo cliente. En ambos casos, la negativa de suministro sería una estrategia eficiente en comparación con las alternativas barajadas.

En segundo lugar, la empresa dominante puede tener la intención de integrarse con algún/os distribuidor/es para incrementar las eficiencias de su actividad o puede querer asumir por sí misma la distribución vertical de su producto, por lo que la negación del suministro parece un comportamiento coherente, toda vez que es bien conocido que en los procesos de integración vertical predominan las razones de eficiencia.

Por último, las inversiones en investigación e innovación, entre otras, requieren de un tiempo de maduración hasta que se consiguen recuperar los gastos extraordinarios en los que se hubiera incurrido por esta causa a través del mayor rendimiento que se pudiera obtener por la actividad. En estos casos, y con el fin de mantener el incentivo económico para que la empresa dominante continúe invirtiendo en la mejora de su proceso productivo, parecería razonable protegerla temporalmente de la competencia mediante la exclusión de acceso de los competidores o de determinados clientes y hasta tanto no haya recuperado al menos el gasto total capitalizado de la inversión. De lo contrario, el libre aprovechamiento de trabajo ajeno introduciría un factor que impediría un desarrollo tecnológico pleno.

6. ABUSOS EXCLUSIONARIOS DE EMPRESAS EN POSICIÓN DE DOMINIO Y POLÍTICA DE COMPETENCIA: ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA

En un informe de la Secretaría de la UNCTAD del año 2008 se contienen los principales rasgos que debiera exhibir el tratamiento público del abuso de posición dominante y con los que sustancialmente coincidimos. A saber, que la adopción de decisiones diera lugar a pocos errores; que fuese relativamente eficiente, oportuna y previsible, así como que se transmitiera una imagen de objetividad y transparencia²⁴.

Ahora bien, del análisis sustantivo que se ha venido realizando hasta el momento, no resulta difícil inferir que la regulación pública que, de forma generalizada, se está haciendo de las conductas exclusionarias de las empresas en posición de dominio no se aproxima siquiera a este estado ideal de cosas y, por lo tanto, se enfrenta a importantes desafíos.

El enfoque predominante en la actualidad presenta una característica fundamental: el tratamiento diferenciado que se dispensa a las empresas en posición de

²⁴ UNCTAD, "Abuso de la posición dominante", documento elaborado por el Grupo Intergubernamental de expertos en Derecho y Política de la Competencia, TD/B/COM.2/CLP/66, 2008, p. 5. El documento está disponible en www.unctad.org/sp/docs/c2clpd66_sp.pdf.

dominio en relación con el que se aplica a otras parcelas de la competencia, lo que sin duda agrava las limitaciones y carencias que de suyo se observan en éstas.

La consolidación del principio de la especial responsabilidad o la deficiente presencia de los factores que podrían permitir que se conociera con precisión la racionalidad económica de su conducta son elementos que, según nuestro parecer, no resultan consistentes ni con los progresos científicos que han tenido lugar en la materia, ni con los rasgos que el fenómeno presenta en la actualidad, ni con la experiencia acumulada tanto por los tribunales como por las autoridades de competencia, ya que escasean las resoluciones sobre comportamientos abusivos exclusionarios de las empresas dominantes y, aún más, las que arrojan un fallo condenatorio.

Y todo ello en un momento en el que todavía no se dispone de un instrumento cuantitativo suficientemente preciso para determinar con exactitud si una empresa posee o no posición de dominio²⁵ y en un contexto en el que la mayoría de los análisis que se realizan para identificar las conductas anticompetitivas que supuestamente se practican no son concluyentes²⁶.

Estas reflexiones apuntan a la necesidad de acometer reformas amplias y profundas en el tratamiento de los abusos exclusionarios de las empresas dominantes si bien, como decíamos más arriba, la resuelta y decisiva incorporación de las eficiencias es la más importante y la que presenta una mayor trascendencia, pues no sólo supondría la plena adaptación del debate jurídico de los asuntos económicos a los razonamientos que emanan de la ciencia que los estudia, sino sobre todo un tratamiento más justo de las conductas empresariales. Además es la que presenta un mayor calado porque permite la superación de los razonamientos simples y la adopción un enfoque más complejo para aproximarse a unos hechos que también lo son; y porque más allá de las valoraciones más o menos bienintencionadas sobre el propósito de las conductas, este planteamiento permite trascender de cualquier aproximación subjetiva a los hechos y sustituirla por otra basada en la objetividad y en la voluntad de comprender el verdadero sentido y el alcance de la conducta a partir del análisis de su razonabilidad económica y de sus efectos sobre el bienestar de los ciudadanos.

Con este enfoque, además de superar la irracionalidad que supone considerar ilegal y prohibir una práctica en función de la cuota de mercado que posea y no de los efectos que ocasione²⁷, se conseguiría homogeneizar el tratamiento del comportamiento de las empresas dominantes con respecto al resto de las conductas analizadas por el Derecho de la Competencia.

²⁵ Sobre este particular L. Kaplow, C. Shapiro han sentenciado: "the central legal question is how much market power is denoted by "monopoly power". The just-quoted authoritative statement from the Supreme Court does not answer this question. Unfortunately, even those cases that offer quantitative statements are far less illuminating than meets the eye" (*Antitrust*, en Polinsky, A. M. & Shavell, S. (Eds.), "Handbook of Law and Economics", Elsevier, 2007, p. 106).

²⁶ W. J. Baumol, J. A. Ordover se refieren a este asunto con la expresión la "vagueness of antitrust criteria" (cit. supra, p. 254).

²⁷ En este sentido Posner, R. A. afirmaba: "There is no place in a rational system of antitrust law for a separate doctrine of monopolization" (cit. supra, p. 216).

Como apuntábamos en la introducción, los avances habidos hasta la fecha en relación con la incorporación de los análisis de eficiencia en los procesos de valoración del comportamiento de las empresas dominantes han sido muy tímidos, insuficientes y, ahora añadimos, en buena medida desacertados.

Podríamos compartir algunos criterios de los que habitualmente se emplean en su consideración, como la exigencia de que exista una relación directa con la conducta objeto de análisis; que los consumidores participen de la mejora del bienestar social que se consiga; o que aquélla resulte indispensable para la obtención de la eficiencia (aunque en este caso la coincidencia sería tan sólo parcial y requeriría algún tipo de matización).

Pero, desde luego, nuestro alejamiento es considerable en relación, entre otros, con los siguientes aspectos:

- el mantenimiento de una especie de presunción de *culpabilidad* de las empresas dominantes que se concreta en la obligación de someter la mayoría de sus conductas a un análisis de competencia, con el importante gasto que ello supone para dichos operadores y el efecto disuasorio que introduce, sobre todo en relación con las estrategias más novedosas y con mayor capacidad de incidir en el desarrollo económico de una sociedad, y el correspondiente consumo de recursos públicos que se detraen de otros ámbitos de la política de competencia donde podrían ser más útiles;
- la obligatoriedad de que los efectos sobre la eficiencia sean no sólo directos sino también *demostrables*, mientras que tal exigencia no se demanda en la consideración de los efectos anticompetitivos, que se aceptan aun cuando sean teóricos o potenciales; así como que el esfuerzo probatorio recaiga exclusivamente en la empresa dominante;
- que se requiera la inexistencia de una *alternativa* menos dañina desde el punto de vista de la competencia, aun cuando ésta pudiera resultar menos eficiente, ya que la comparación entre ambas y en relación con la totalidad de sus efectos constituye el único método que garantizaría que las decisiones que se adoptasen fueran óptimas desde el punto de vista del bienestar social;
- que se solicite que la restricción de la competencia sea *proporcional* a la mejora asignativa que se espera alcanzar, cuando ello se trata de un concepto impreciso que se presta a una interpretación errática y/o subjetiva por parte de los tribunales o autoridades de competencia, y que resultaría plenamente superado mediante la cuantificación de la eficiencia y de los efectos anticompetitivos que se deriven de una práctica determinada;
- o que la consideración de la eficiencia se relegue al final de un proceso de etapas cumulativas y que sólo se estimen si *no existen problemas graves de competencia*, lo que mantiene en un plano de inferioridad a la eficiencia

con respecto a la que no constituye sino la variable instrumental a través de la cual se pretende alcanzarla; esto es, la competencia teórica.

En definitiva, el análisis de competencia de las empresas dominantes tiene que dejar de estar gobernado por criterios ideológicos y pasar a estar definido por criterios empíricos en los que la eficiencia neta se convierta en el elemento central y determinante.

Ahora bien, esta alternativa no pasa por someter todas y cada una de las prácticas de las empresas dominantes a un proceso de cuantificación del valor monetario de sus eficiencias para compararlas con los costes que se pudiesen derivar del aumento de la cuota de mercado de aquélla o de la desaparición de competidores para, después, proceder a compararlos y emitir un pronunciamiento en consecuencia favorable si los primeros superan a los segundos y desfavorable si ocurriese lo contrario.

Y ello por al menos tres razones: primera, porque este procedimiento sería muy costoso tanto para los agentes económicos como para los operadores de la política de competencia, que tendrían que dedicar importantes cantidades de recursos a la tarea, que naturalmente se detraerían, respectivamente, de otros usos más productivos o más eficientes desde el punto de vista de la gestión de las políticas públicas. Segunda, porque la tarea es en cualquier caso muy compleja, sobre todo por la extraordinaria dificultad que conlleva la evaluación de los efectos –positivos o negativos– a medida que planteamos un horizonte temporal más lejano²⁸. Y tercera, porque, como apuntábamos más arriba, la experiencia económica, los referentes doctrinales y los antecedentes administrativos y jurisprudenciales indican que la mayoría de las conductas de las empresas dominantes responde a objetivos legítimos, constituye expresiones nítidas de estrategias competitivas meritorias y tiene un efecto beneficioso a largo plazo sobre el bienestar de los consumidores.

Por lo tanto, por razones de simplificación administrativa, agilidad de los procedimientos y previsibilidad en la aplicación de las normas, lo que se propone es que se modifique el actual estatus de los abusos exclusionarios de las empresas dominantes por el de presunción de legalidad, previa declaración responsable de sus representantes sobre su razonabilidad económica (ganancias de eficiencia) y que, en su caso, podrá contener compromisos concretos en relación, por ejemplo, con la participación de los consumidores finales en las mejoras que se alcancen. En estos casos, la labor de la administración se centraría en la vigilancia y comprobación *a posteriori* del cumplimiento de lo efectivamente declarado o de los compromisos adquiridos.

Por último, el procedimiento de evaluación de los beneficios y costes de la actuación y su posterior balance se limitará a aquellas situaciones, que probable-

²⁸

Sobre la dificultad que plantea la cuantificación *ex ante* de las eficiencias y las posibles alternativas puede verse Brower, M. T. (2008), "Horizontal mergers and efficiencies; theory and anti trust practice", *European Journal of Law and Economics*, vol. 26, pp. 11-26.

mente sean pocas, en las que resulte dudoso calificar una conducta²⁹, o a la tarea del cálculo de sanciones.

En estos casos, habrá que adoptar un único criterio en relación al alcance temporal de los elementos a valorar. De igual modo, también se considera imprescindible que la cuantificación se realice a partir de un referente homogéneo en relación con el grado de certidumbre exigible tanto a los beneficios como a los perjuicios de la conducta; y que el esfuerzo probatorio se reparta de forma más adecuada entre empresa dominante, administración y, en su caso, denunciante para prevenir la utilización estratégica de la política de competencia por parte de operadores poco eficientes. En este caso, sería deseable que se estableciese un mecanismo de indemnización por daños a los perjudicados si efectivamente se demostrara el carácter ilegítimo de la conducta y la afectación de sus intereses.

7. CONCLUSIONES

Como se ha visto, el tratamiento de las conductas exclusionarias de las empresas en posición de dominio constituye uno de los campos de actuación de las políticas de competencia donde el análisis económico está llamado a desempeñar un papel protagónico en los próximos años.

Y los cambios que en su virtud previsiblemente se habrán de acometer suponen una auténtica revolución en un ámbito que no sólo mostraba un desajuste evidente en su comprensión de las estrategias y movimientos empresariales, sino que además exhibía una evolución si no divergente sí al menos sensiblemente diferente de la que había tenido lugar en otros ámbitos del análisis antitrust como los que tienen que ver con relaciones de cooperación.

La transición, sin duda, no será fácil pues implica cambios sustanciales en los que hasta la fecha constituían algunos de los pilares básicos de su análisis, singularmente por lo que supone el cambio de presunción de legalidad de la conducta de las empresas dominantes y la concreción de un nuevo mecanismo de control de la competencia basado en los efectos sobre el bienestar y la competitividad.

Y aunque la tarea es complicada, la misión no es, como algunos pronostican, suicida³⁰, sino que responde a la necesidad de reconciliar el tiempo de la regulación con el de los negocios, lo que obliga a eliminar cualesquiera elementos que hubiese podido introducir la propia política de competencia y que supusieran una

²⁹ En idéntico sentido se manifestó la Comisaria Europea de Competencia, N. Kroes, en la conferencia que pronunció en el Fordham University Symposium ("Exclusionary abuses of dominance. The European Commission's enforcement priorities", 25 de septiembre de 2008). El documento está disponible en http://www.europa-eu-un.org/articles/en/article_8177_en.htm.

³⁰ Ésta ha sido la expresión utilizada por el Président du Conseil de la Concurrence de Francia, B. Lasserre. (Vid "Consumer welfare and efficiency. New guiding principles of competition policy?", 13th International Conference on Competition, Munich, 2007). Disponible en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention_lasserre_2007_03_24_munich.pdf.

alteración en el sistema de incentivos basado en los méritos de los agentes y en el funcionamiento competitivo de los mercados.

Además, el enfoque que se propone se basa en un factor que, por sus características, facilitaría la uniformización de las políticas de competencia a nivel internacional, lo que evitaría que se produjesen distorsiones en el proceso de asignación de recursos a nivel mundial como consecuencia de la aplicación disímil de las normas de competencia por parte de las autoridades correspondientes.

Por último, considero conveniente señalar que el cambio del control preventivo de la actividad de las empresas dominantes a otro centrado en la vigilancia a posteriori de los resultados y del cumplimiento de los compromisos, permitirá liberar recursos de la política de competencia de la persecución de lo que no existe y destinarlos a investigar y construir expedientes sólidos que avalen un régimen de sanciones verdaderamente disuasorio en relación con las prácticas más dañinas para el bienestar social.

