

LA NOCIÓN DE DOMINIO

UNA RACIONALIZACIÓN ECONÓMICA DEL CONCEPTO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Inmaculada GUTIÉRREZ

Jorge PADILLA

Economistas LECG Europa

El concepto de posición de dominio es una pieza crucial en cualquier sistema de defensa de la competencia europeo, puesto que constituye un pre-requisito para establecer la existencia de abuso. Por otra parte, la influencia de este concepto ha desbordado el ámbito de la normativa de competencia y ha invadido el terreno regulatorio, donde se emplea para delimitar qué operadores deben encontrarse sujetos a obligaciones especiales.

Cualquiera esperaría que viniera definido en la norma un concepto que puede determinar importantes límites a la actuación de las empresas y sobre el que se fundamenta una parte sustancial de la política de competencia. Sin embargo, por chocante que parezca, no es así. No encontramos una definición de posición de dominio ni en los textos legislativos españoles ni en los comunitarios. Como es bien sabido, para interpretar este concepto hay que recurrir a la jurisprudencia.

A esta indefinición sin duda ha contribuido la falta de una traducción inmediata al lenguaje económico de lo que es la posición de dominio. Se trata de un concepto ajeno a la teoría microeconómica y ésta, por lo tanto, no ha podido aportar una definición explícita del mismo.

Pero que los manuales de teoría económica no incorporen tal definición de la posición de dominio no impide que no aporten instrumentos para su detección y análisis dentro del marco definido por la jurisprudencia. El análisis económico nos ofrece instrumentos útiles que ayudan a identificar cuándo un operador puede calificarse de dominante e, incluso, a reunir evidencia empírica al respecto, en particular a través del concepto poder de mercado.

En esta ponencia examinamos la relación entre posición de dominio y poder de mercado y profundizamos en el significado de esta última, deteniéndonos especialmente en el análisis de sus características desde el lado de la oferta en el mercado y, en particular, en la existencia de barreras a la entrada y a la expansión de la producción.

En la sección 1 repasamos los conceptos de poder de mercado y posición de dominio, con especial atención a los límites implícitos y explícitos en la definición de dominancia. En la sección 2 repasamos los elementos que caracterizan la posición de dominio. En la 3 nos centramos en las características por el lado de la demanda y en la 4 en los factores de oferta. Por último, concluimos en la sección 5 recordando que al aplicar estos instrumentos de análisis no se deben perder de vista los objetivos y límites intrínsecos al concepto de dominancia expuestos en la sección 1.

1. POSICIÓN DE DOMINIO Y PODER DE MERCADO

Desde la ya consagrada sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *United Brands v Commission*¹, la posición de dominio se define por las autoridades comunitarias como²:

«...la posición de fortaleza económica que disfruta un operador y que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al proporcionarle el poder de comportarse con suficiente independencia de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores».

¹ Caso 27/76 *United Brands Co and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207: «relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers».

² El Tribunal ha ratificado esta visión en sentencias sucesivas, incluida la popular, *Hoffman-LaRoche*. Case 85/76 *Hoffman-La Roche v Comisión* [1979] ECR 461. No obstante, en esta sentencia como en otras posteriores (AKZO), la Comisión ha matizado el papel de las cuotas de mercado en la determinación de la existencia de dominancia. Como manifiesta Cani FERNÁNDEZ, puede hablarse en estas sentencias de una presunción de dominancia basada en las cuotas de mercado. Ver C. FERNÁNDEZ, *Cuota de mercado y poder de mercado*, Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, 2005.

Luego, un elemento definitorio de la posición de dominio es la capacidad de la empresa para comportarse con independencia de los competidores, proveedores y consumidores. Este elemento se encuentra también presente en la interpretación que sobre la posición de dominio realiza el Tribunal de Defensa de la Competencia español³:

«Así, se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto».

¿Qué quiere decir comportarse con independencia? El Tribunal se refiere a la capacidad de ofertar al mercado un *output* en condiciones tales que permitan a la empresa en cuestión ganar un beneficio superior al que obtendría en condiciones de competencia. En términos del análisis económico, esta interpretación guarda íntima relación con lo que se denomina *poder de mercado*.

Pensemos en una empresa que opera en un determinado mercado y que consigue aumentar sus beneficios sustancialmente al elevar sus precios de manera significativa. Lo que la teoría económica nos dice es que, en ausencia de obstáculos, otras empresas se sentirán atraídas por la oportunidad de hacer negocio en ese mercado, vendiendo sus productos a precios más bajos que la empresa instalada. La amenaza de perder clientes y ver deteriorada su posición evita que la empresa pueda sostener en el tiempo un comportamiento no competitivo. Por ello, se dice que una empresa tiene poder de mercado cuando puede elevar sus precios por encima de los que prevalecerían en condiciones competitivas y es capaz de sostener esta estrategia de forma rentable a largo plazo. La idea de independencia de comportamiento, por tanto, resulta asimilable a la noción de poder de mercado de la teoría económica.

La definición citada anteriormente puntualiza que la dominancia requiere que el comportamiento independiente a) lo sea en grado suficiente y b) obstaculice el desarrollo de la competencia efectiva, esto es, impida la existencia de competidores presentes o potenciales que supongan una amenaza para su negocio⁴. En definitiva, se limita el ámbito de lo que se entiende por dominancia. Cabe preguntarse, primero, por qué la doctrina considera necesario cualificar cuándo la independencia en el

³ Tribunal de Defensa de la Competencia. Expte. R 362/99, Bacardí, 30 de septiembre de 1999. Párrafo 6 de los Fundamentos de Derecho.

⁴ «Dominance is a position of considerable economic power held for a period of time by a firm/s over customers and/or suppliers in a market. More specifically, it is the ability of a firm/s to restrict output and thus raise prices above the level that would prevail in a competitive market, without existing rivals or new entrants in due time taking away its customers». Ver J. FAULL y A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999, párrafo 3.25.

comportamiento —o el poder de mercado— constituye una posición de dominio y, segundo, si los criterios que emplea son los adecuados.

Acerca de la primera cuestión, no se puede perder de vista que la definición de dominancia no es un fin en sí mismo, sino un ejercicio instrumental. Este ejercicio está supeditado al objetivo inmediato de determinar si un operador está en posición de cometer un abuso y, en todo caso, al fin último de la normativa de competencia, que es perseguir y prevenir aquellas conductas de las empresas que, al restringir la competencia en el mercado, reducen el bienestar de los consumidores ⁵.

Por ello, al definir la posición de dominio el Tribunal trata de establecer criterios que identifiquen a aquellos operadores que realmente tengan una posición susceptible de restringir la competencia y detraer excedente de los consumidores ⁶. Desde un punto de vista administrativo, no sería eficaz establecer una definición excesivamente amplia que llevara a calificar como dominantes a operadores que tuvieran una probabilidad baja de afectar de manera significativa al bienestar de los consumidores. Ello multiplicaría la carga administrativa, ocasionaría costes innecesarios a las empresas y se alejaría de los fines de la ley.

Por otra parte, hay que tener presente que la normativa española y la comunitaria dan un tratamiento muy severo al abuso de posición de dominio: esta figura no admite posible defensa de eficiencias, ni exención. Además, la calificación como dominante tiene importantes implicaciones y costes para los operadores, porque por el mero hecho de serlo vienen sujetos a obligaciones especiales que limitan su comportamiento frente a competidores, proveedores y clientes. Por todo ello, resulta racional que para calificar a un operador de dominante se tengan que dar ciertos requisitos exigentes.

En cuanto a los requisitos definidos, la doctrina ha tratado de establecer aquellos que sirven a los fines inmediatos y últimos anteriormente enunciados: la independencia de comportamiento debe ser *suficiente* para *obstaculizar la competencia efectiva*.

El poder de mercado puede ser mayor o menor y más o menos estable en el tiempo. Al aludir a que se tenga una independencia de comportamiento *suficiente* se está pidiendo que los operadores para ser domi-

⁵ Podría introducirse aquí el debate sobre si la política de competencia debe atender al bienestar general (*total welfare*) o al de los consumidores (*consumer welfare*). Pero escapa a los objetivos de este artículo.

⁶ Cuanto más laxo sea el criterio, más operadores serán sometidos a escrutinio, lo que supone mayores costes al sistema y a las empresas. También se puede incrementar la probabilidad de error. Todo ello con operadores que tienen menos posibilidades de poder afectar negativamente al bienestar del consumidor. En cambio, el coste de ese error puede ser grande, en la medida en que limita seriamente la capacidad de actuación de la empresa frente a competidores y clientes.

nantes tengan un poder de mercado grande y estable. Como explicábamos antes, se quiere así minimizar el riesgo de cometer errores por calificar de dominantes a operadores que realmente pueden ver restringido su comportamiento en un cierto plazo de tiempo por la acción de la competencia, presente o potencial.

Podría discutirse si la manera en la que se determinan los límites al concepto de dominancia es la mejor, tanto desde el punto de vista teórico como pragmático. Desde este último, la alusión a *suficiencia* y a *obstaculizar la competencia efectiva* adolece de los problemas tradicionales en la definición de *test* sustantivos en esta materia: resultan poco administrables y concretos a la hora de aplicar la norma, lo que deja un amplio margen a la interpretación. Este amplio margen para la interpretación genera el peligro de que, desvirtuando tanto los fines últimos como los inmediatos a que sirve este concepto, se definan posiciones de dominio de forma un tanto laxa, lo cual puede tener serias implicaciones. El excesivo recurso a las cuotas de mercado como forma de definir la dominancia tiene mucho que ver con este problema.

Por otro lado, la capacidad de *obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva* puede no ser la referencia más oportuna. Plantea problemas con aquellas situaciones donde el grado de concentración en el mercado es grande o se incrementa, pero pese a ello el resultado es eficiente y/o un mayor número de competidores no aseguraría más ventajas para los consumidores. Sería más lógico establecer que la independencia de comportamiento sea *suficiente* para estar en condiciones de reducir el bienestar de los consumidores. Esta delimitación resultaría a nuestro entender más acorde con el objetivo último de la ley y más racional desde el punto de vista económico, lo que favorecería el desarrollo de *test* sustantivos más claros y consistentes.

En todo caso, es importante no perder de vista que la doctrina cualifica cuándo el poder de mercado constituye dominancia y con ello impone límites a este concepto. Lo contrario puede llevarnos a definir dominancia de una manera que no sirva al objeto de la norma ni al interés general que la misma protege.

2. ELEMENTOS DEL ANÁLISIS DE DOMINANCIA

La cuota de mercado de una empresa proporciona información, desde un punto de vista estático, de la participación de dicha empresa en el conjunto del mercado en el que opera, medida habitualmente en términos de volumen de ventas o de unidades físicas comercializadas (producción) o comercializables (capacidad).

La cuota de un operador ofrece cierta información sobre su posición en el mercado. Una cuota elevada revela que el operador ha cubierto buena parte de la demanda. Ello puede ser un indicador de que los clientes tienen unas alternativas de suministro limitadas y que, por lo tanto, dependen de él. En este sentido, la cuota suele ser interpretada como una *proxi* de poder de mercado y por ello se considera el punto de partida en un análisis de dominancia. Para interpretar las cuotas de mercado en el análisis de dominancia la práctica comunitaria distingue los siguientes umbrales:

- Cuando la cuota de mercado del operador es igual o inferior al 25 por 100 no es probable que el operador tenga una posición de dominio individual.
- La Comisión no suele plantearse el análisis de la existencia de dominancia cuando la cuota de mercado de la empresa es igual o inferior al 40-45 por 100.
- Cuotas por encima del 50 por 100 suelen ser indicativas de la existencia de dominancia. No obstante, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Hoffman-La Roche v Commission*, es necesario comprobar que se reúnen otra serie de circunstancias y factores.

En definitiva, y dicho coloquialmente, la postura de la Comisión avalada por el Tribunal de Justicia viene a ser que no “debemos preocuparnos” normalmente por la existencia de poder de mercado cuando la cuota de la empresa es inferior al 40-45 por 100, mientras que por encima de esos valores hay que realizar un análisis detallado de la existencia de una posición de dominio.

Sin embargo, el papel de las cuotas de mercado en la determinación de posiciones de dominio se ha desvirtuado con frecuencia al descansar en exceso y de forma un tanto mecánica en este instrumento. No es este el lugar para abundar sobre este tema, puesto que el programa prevé una ponencia dedicada específicamente a cuota de mercado y poder de mercado⁷. Sin embargo, no podemos dejar de citar algunos de los problemas que la cuota como *proxi* del poder de mercado encierra:

- La cuota de mercado es una medida del éxito. Puede estar reflejando una posición fruto del esfuerzo competitivo, de manera que los

⁷ Por las mismas razones, tampoco entramos a considerar cómo se deben utilizar en el análisis las cuotas de mercado (qué cuotas contemplar, horizonte temporal, relación entre la cuota de los operadores, significado de las cuotas en diferentes mercados, como los de subastas...), ni tampoco el papel que pueden jugar otros indicadores en la estructura de mercado como los HHI, curva de Lorenz e índice de Gini, etc.

consumidores hayan elegido mayoritariamente a la empresa por la relación calidad-precio de sus productos y servicios.

- Los competidores, aunque tengan una posición minoritaria en el mercado, pueden constituir una restricción efectiva. En otros términos, la cuota no ofrece información sobre la efectividad de los competidores como restricción competitiva, sea cual fuere su tamaño. Un operador pequeño o la mera amenaza de entrada puede prevenir subidas de precios que tengan un impacto evidente sobre el bienestar de los consumidores.

- La validez de la cuota como indicador de poder de mercado y de presiones competitivas viene condicionada por las características de los bienes y del mercado. Por ejemplo, cuanto mayor sea la diferenciación de producto menor es la validez de las cuotas de mercado para transmitir información sobre presiones competitivas. En la misma línea, si nos encontramos ante ventas cautivas y altos costes cambio, unas cuotas de mercado relativamente bajas no revelan el poder de mercado que los oferentes realmente pueden tener. En sentido contrario, cuanto mayor es el margen de capacidad de la oferta sobre la demanda menor importancia pueden tener las cuotas de mercado sobre la competencia en precios.

Todo ello lleva, como decíamos, a que la cuota constituya una *proxi* imperfecta de poder de mercado y a que, guiados en exceso por ella, puedan sobrepasarse los límites impuestos a la definición de la posición de dominio: poder de mercado sustancial y efecto sobre la competencia. En este sentido, cuando las definiciones de mercado se estrechan de manera artificial, se excluye del análisis de la dominancia a productos sustitutivos y, por tanto, se ignoran presiones competitivas que pesan sobre las empresas del mercado. Con ello, se sobredimensiona el poder de mercado de los operadores y se dibuja un escenario sobre el que las posiciones de dominio resultan más probables.

Esto obliga a plantearse qué otros elementos deben tenerse en cuenta a la hora de examinar la dominancia. La capacidad del operador para comportarse de manera independiente vendrá dada por las alternativas que tengan los clientes y proveedores a su alcance y por las que tenga el propio operador analizado. A continuación examinamos estos elementos, diferenciándolos con fines expositivos en factores de demanda y de oferta.

3. FACTORES DE DEMANDA

La capacidad de una empresa para actuar con independencia de los clientes dependerá fundamentalmente de las alternativas que éstos tengan,

tanto en términos de la sustituibilidad entre productos como de la diversidad de oferentes que los ofrezcan. En presencia de fuentes de suministro que no impliquen costes de cambio elevados, el poder de negociación de los clientes será mayor y no es probable que se pueda establecer la existencia de posiciones de dominio: el comportamiento del operador no podrá deteriorar el bienestar de los consumidores.

Para tener una idea de la respuesta del mercado ante cambios en los precios de la empresa utilizamos como herramienta empírica la elasticidad de la demanda residual⁸.

La curva de demanda residual de una empresa se define como la curva de demanda total menos la curva de oferta del resto de empresas del mercado. La curva de demanda residual recoge las reacciones de la demanda ante cambios de los precios relativos con respecto a otros productos⁹. La elasticidad de la demanda residual mide la variación en las ventas de una empresa derivadas de un cambio en su precio teniendo en cuenta el grado de sustituibilidad entre los diferentes productos del mercado y la capacidad de respuesta de los competidores.

Supongamos que el candidato a dominante eleva sus precios. Cuanto mayor sea la sustituibilidad entre productos alternativos y menores los costes de cambio, habrá una mayor cantidad de demanda dispuesta a dirigirse hacia otros oferentes. Si además éstos tienen la capacidad de satisfacer esa demanda, las posibilidades de que el incremento de precios sea rentable y sostenible serán sensiblemente menores, al igual que la oportunidad de concluir que existe dominancia. Esta situación se reflejará en una mayor elasticidad de la demanda residual, que indica que los clientes tienen alternativas efectivas, con lo que resulta más difícil que el operador pueda ejercer un poder de mercado¹⁰.

Este instrumento constituye una buena aproximación al poder de mercado de la empresa, especialmente cuando la información que propor-

⁸ Hay índices relativamente sencillos que tienen en cuenta capacidad y demanda. Es el caso del "Residual Supply Index" (RSI), que ha sido una medida especialmente utilizada en los mercados de electricidad para determinar el carácter pivotal de los agentes. La intuición detrás del RSI es que, sin perjuicio de cuáles sean las cuotas de mercado, es poco probable que existan problemas de poder de mercado cuando varios operadores compiten con capacidad suficiente por satisfacer la demanda en un determinado período. El RSI para un generador i está dada por $RSI_i = (\text{Capacidad Total} - \text{Capacidad relevante del generador } i) / \text{Demanda Total}$. Si el RSI del operador es superior a 1, esto significa que la demanda en el mercado puede ser satisfecha sin la necesidad del generador i . A este respecto ver A. SHEFFRIN (2002), «Predicting Market Power Using the Residual Supply Index», presented to FERC Market Monitoring Workshop diciembre 3-4, 2002.

⁹ Ver por ejemplo P. MASSEY (2002), «Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues», *The Economic and Social Review*, vol. 31, núm. 4, octubre 2000, pp. 309-328.

¹⁰ Una elasticidad estimada de la demanda residual superior a dos es considerada alta y por consiguiente pone en duda la existencia de una posición de dominio. G. WERDEN, «Demand Elasticities in Antitrust Analysis», *Antitrust Law Journal*, vol. 66, 1998, pp. 363-414.

cionan las cuotas de mercado no resulta adecuada para medirlo porque, por ejemplo, la sustituibilidad entre productos venga afectada por un cierto grado de diferenciación de los productos. Desde un punto de vista empírico, esta elasticidad se estima utilizando datos de volumen de ventas y precios del producto en cuestión para la empresa para un período suficientemente amplio de tiempo. Con ello se pretenden captar situaciones en las cuales la empresa ha tenido un incentivo a modificar precios unilateralmente, para comprobar si ha podido hacerlo de manera rentable¹¹.

No sólo interesa en el análisis de dominancia cuáles son las alternativas al alcance de los clientes. También resulta crítico cuáles son las alternativas de que dispone la propia empresa. Esto es, si no vende sus productos a un determinado cliente, a quién se los vendería. Si las opciones de la empresa son escasas o si le implican elevados costes de cambio, los clientes tendrán un poder negociador que modere el comportamiento del oferente, incluso aunque la oferta se encuentre muy concentrada.

En el caso extremo, podemos encontrarnos en una situación de monopolio bilateral, en la que sólo haya un oferente y un demandante del producto. La teoría económica nos enseña que en esos casos el resultado es indeterminado porque viene dado por el poder de negociación de las partes, lo que a su vez depende de múltiples factores y puede no ser estable en el tiempo. En ese caso, resulta incierto hablar de posición de dominio. En sentido estricto, no cabría decir que una de las partes pueda actuar con independencia de la otra.

4. FACTORES DE OFERTA

El que una empresa disfrute de un poder de mercado que pueda ejercer dependerá fundamentalmente de las alternativas que existan a los productos que ofrecen. En la medida en que existan alternativas las empresas no podrán imponer sus condiciones en el mercado: ante un incremento del precio de sus productos la demanda podrá trasladarse hacia la oferta de otros productores. Que esto suceda depende obviamente del grado de sustituibilidad del producto de la empresa con res-

¹¹ J. BAKER y T. BRESNAHAN (1985) estimaron la demanda residual de las tres principales empresas en la industria de cerveza en Estados Unidos, Anheuser-Busch, Pabst y Coors, con datos anuales desde 1962 hasta 1982 con el propósito de establecer la existencia o no de poder de mercado. La estimación de la demanda residual permitió concluir, primero, las cuotas de mercado regionales no son una buena medida del poder de mercado. Para Pabst, cervecera con una elevada cuota de mercado en el noroeste del país, se estimó una elasticidad residual de la demanda superior a 10. Segundo, la diferenciación de producto es un elemento importante en el mercado. La única marca con una elasticidad estimada de la demanda residual inferior a dos es Coors que goza de una fuerte imagen de marca dirigida a un segmento específico de la población. J. BAKER y T. BRESNAHAN, «The gains from merger or collusion in product differentiated industries», *The Journal of Industrial Economics*, vol. XXXIII, junio 1985.

pecto al de sus competidores. Pero también de la capacidad que éstos tengan para satisfacer la demanda de los clientes de la empresa incumbente. Por ello, al realizar un análisis de dominancia es necesario conocer cómo la elástica es la oferta y cómo ello afecta al comportamiento del supuesto operador dominante.

Todos estos factores se reflejan, como veíamos, en lo que denominamos la elasticidad de demanda residual. Una elasticidad de demanda residual poco sensible ante elevaciones de los precios del operador revela una falta de sustituibilidad hacia otras alternativas, pero también una oferta poco flexible.

Tras pasar el filtro preliminar que impone un análisis de las cuotas de mercado, cuando se analiza la existencia de dominio individual a menudo nos encontramos en un escenario con un operador de gran tamaño y una serie de competidores de mucha menor envergadura. Esto puede hacer que su oferta presente no se considere una alternativa suficiente y creíble para constituir una restricción competitiva. Por ello, es necesario comprobar cómo de plausible es que la oferta se expanda. Esto es, que bien los operadores ya instalados u otros nuevos puedan incrementar la capacidad productiva de manera que el comportamiento del candidato a dominante se vea afectado por la sustituibilidad de oferta. Esto depende de lo que se denominan barreras a la entrada o a la expansión.

Describimos primero los elementos que determinan la sustituibilidad de oferta para después detenernos en el análisis de las barreras a la entrada.

A) Sustituibilidad de oferta

La flexibilidad de la oferta dependerá de en qué medida hay empresas que tienen los medios necesarios y el incentivo económico a lanzar más productos al mercado en respuesta a cambios en los precios relativos.

a) Activos necesarios

El primer paso será determinar si hay productores que dispongan de los activos necesarios para producir y comercializar el producto en condiciones competitivas. Esto no quiere decir que necesariamente dispongan de antemano de tales activos, sino que pueden obtenerlos en un plazo y a un coste razonables, ya sea contratándolos con terceros o adquiriéndolos. Por otra parte, no basta con que se disponga de los activos necesarios para la producción del bien, hay que verificar si es factible

dedicarlos a tal fin. Esto es, debe comprobarse que no existen restricciones jurídicas o administrativas que impidan aplicar los activos a la producción del bien en cuestión.

El término “activos” debe ser interpretado en sentido amplio, como todos aquellos medios necesarios para poner el producto en el mercado en condiciones de competir: la tecnología, el *know-how* y los activos físicos para la producción del bien; el acceso a los canales de distribución necesarios; sistemas de facturación, un *marketing* del producto adecuado en términos de imagen de marca del proveedor o campañas de publicidad. Algunos de estos activos pueden implicar importantes costes hundidos¹². Habitualmente, cuanto mayores sean los costes hundidos en los que es necesario incurrir para acometer la entrada, más improbable será la misma.

b) *Incentivos económicos*

Incluso si los competidores presentes o potenciales disponen de los activos necesarios para comercializar el bien, habrá que analizar si tienen incentivos económicos a hacerlo. Esto es, si la entrada o en general la expansión de la producción les resulta rentable. De lo contrario, la probabilidad de que se produzca una reacción en la oferta será escasa y no podrá considerarse que ello constituya una restricción competitiva efectiva sobre el comportamiento del operador considerado.

La rentabilidad esperada de las inversiones dependerá de factores tales como los costes que conlleva la adaptación de los activos productivos; el grado de utilización de los activos productivos susceptibles de ser empleados en la producción del bien o el beneficio que se espera obtener comparado con el que se obtendría en otros usos alternativos de tales activos. También influirá cuál es el incremento de precios que los potenciales entrantes perciban en el mercado. Si el operador incumbente eleva mucho sus precios, los márgenes esperados en caso de entrada serán mayores y también los incentivos a la sustitución.

c) *Disciplina competitiva*

No basta con que los competidores puedan y quieran sustituir con su producción la del incumbente. Hay que plantearse si pueden efecti-

¹² Se denominan costes hundidos a aquellos costes de carácter irreversible e irrecuperable. Se podrían definir como los costes de adquisición de activos tangibles o intangibles, que no pueden ser recuperados a través de la reutilización de dichos activos si la empresa decidiera abandonar el mercado. Esta definición es la recogida en las Horizontal Merger Guidelines estadounidenses.

vamente disciplinar su comportamiento. Ello dependerá de que, de producirse la expansión del *output*, puedan realmente robar clientes al operador en cuestión (*business stealing effect*) hasta el punto de que el incremento de precios no sea sostenible a largo plazo. Esto sucederá si el incremento en los ingresos fruto de la subida de precios se ve compensado por la reducción que se deriva de la pérdida de clientes ¹³.

Si la sustituibilidad de oferta es lo suficientemente inmediata y universal con respecto a ciertos productos debería ser tenida en cuenta previamente en el análisis de definición de mercado, de tal forma que lleve a la agregación de esos productos en el mismo mercado relevante ¹⁴. No hacerlo a tiempo puede llevar a definir un mercado relevante excesivamente estrecho, que no refleje realmente las presiones competitivas existentes y que induzca a plantear análisis de dominancia donde no existe realmente poder de mercado. Este puede ser el caso, por ejemplo, si se ignora el impacto competitivo que pueden tener las importaciones en un determinado mercado en respuesta a elevaciones de precios. Considerar el mercado como nacional y analizar la posición del líder en este ámbito resultaría artificial. De ahí que a menudo encontremos, al menos en el ámbito de control de concentraciones, expedientes en los que, pese a observar una elevada cuota de mercado en España por parte de un operador, la posibilidad de entrada en el mercado geográfico lleva a concluir la ausencia de problemas de competencia.

Sin embargo, a menudo la sustituibilidad de oferta no es tan intensa como para justificar la agregación de mercados. Puede haber factores de diversa índole que le resten fuerza e inmediatez y la hagan más incierta. La importancia de estos factores a la hora de obstaculizar la expansión del *output* y la entrada determinará en qué medida la oferta potencial puede restringir de manera efectiva el comportamiento del operador y, por tanto, si cabe hablar o no de dominancia.

¹³ Para evaluar la posición de dominio de un operador se puede utilizar el denominado análisis de eventos. Mediante el mismo se puede evaluar el impacto sobre los precios de un determinado evento, en particular, la entrada de nuevos operadores en el pasado. La mejor manera de captar el efecto de un evento sobre los precios de los productos es mediante una regresión múltiple. La estimación econométrica permite valorar la significatividad estadística del impacto del evento sobre precios al tiempo que controla por todos los factores adicionales que determinan la evolución de precios.

¹⁴ La existencia de una sustituibilidad de oferta cuasi universal resulta condición suficiente para la agregación de mercados. Que la sustituibilidad de oferta entre *X* e *Y* pueda calificarse de cuasi universal requiere que la mayor parte, si no todos, los productores del bien *Y* estén en condiciones de sustituir la producción del bien *Y* por la del *X*. Sólo entonces consideraremos que la oferta de *Y* ejerce una presión competitiva efectiva sobre la de *X*, de manera que nuestro monopolista hipotético no podría sostener de manera rentable una elevación de los precios de *X* a largo plazo. Consecuentemente, el mercado a considerar debe ser más amplio que *X*; debe incluir la oferta de *Y*. Para un análisis más detallado de la elasticidad de oferta cuasi universal, véase J. PADILLA, «The role of supply side substitution in the definition of the relevant market in merger control», a Report for DG Enterprise A/4, European Commission, junio 2001.

B) Barreras a la entrada

No hay una única definición de barreras a la entrada. De hecho, en el ámbito de la teoría económica es posible encontrar todo un abanico de definiciones que se diferencian en el elemento en el que se decide poner el énfasis.

Las dos definiciones más consagradas y, en buena medida, en las que se basan en un sentido u en otro todas las demás hasta la fecha son las de BAIN y STIGLER ¹⁵.

BAIN (1956) ¹⁶ define barrera a la entrada como toda aquella ventaja de los vendedores establecidos que les permite elevar precios de manera sostenida por encima de los que fijarían en competencia, sin que ello atraiga nuevas empresas a la industria. Como han señalado VISCUSI *et al.* (1992) ¹⁷ esta definición resulta tautológica, porque define como barrera a la entrada todo aquello que confiere poder de mercado y previene la entrada.

STIGLER (1968) ¹⁸ por su parte define barrera a la entrada como un coste que soportan los entrantes pero no el incumbente para producir un bien (a un determinado nivel de *output* o para todo nivel). Como ha señalado McAFEE *et al.* (2003), STIGLER ha evitado la tautología y caracterizado el concepto. No obstante, hubiera sido preferible definirlo en términos de aquellos costes que no soporta, ni en su día soportó, la empresa establecida.

Entre la definición de BAIN y la de STIGLER existen profundas diferencias que llevan a que no se catalogue de barrera de entrada las mismas cosas. La definición de STIGLER resulta más estrecha, puesto que sólo podrían considerarse barreras a la entrada aquellos factores que lleven a que los costes a largo plazo del entrante sean más elevados que los del incumbente. Esto hace que haya elementos que según BAIN constituyan barreras a la entrada y según STIGLER, en cambio, no. Por ejemplo, para STIGLER las economías de escala no constituirán una barrera a la entrada en aquellas industrias en las que la tecnología sea relativamente estándar y accesible. Empresas entrantes e instaladas se enfrentarán a una función de producción similar en lo que se refiere a las economías de escala, esto es, para los diferentes niveles de producción obtendrán unas

¹⁵ Para un encomiable repaso de las distintas definiciones de barreras a la entrada ver P. McAFEE, H. MIALON y M. WILLIAMS, «What is a barrier to entry?», *American Economic Review*, vol. 94, 2004, issue 2, pp. 461-465, 6 junio 2003.

¹⁶ J. S. BAIN, «Barriers to New Competition», Cambridge MA, Harvard University Press, 1956.

¹⁷ W. VISCUSI, V. KIP y J. y J. HARRINGTON, *Economics of regulation and Antitrust*, 3.^a ed., MIT Press, Cambridge, MA, 2000.

¹⁸ G. STIGLER, *The Organization of Industry*, Chicago II, University of Chicago Press, 1968.

ganancias de eficiencia similares al expandir su *output*. Tampoco lo serán los requerimientos de capital sea cual sea su tamaño si las empresas instaladas los tuvieron que afrontar también en su día. De acuerdo con BAIN, ambos elementos constituyen barreras a la entrada porque pueden conceder al instalado lo que denominaríamos un *first movement advantage* y desincentivar la entrada.

La interpretación y aplicación del concepto de barreras a la entrada en el ámbito de la defensa de la competencia se encuentra más próximo al enfoque de BAIN.

a) *Visión de las autoridades*

La descripción que hace el Servicio de Defensa de la Competencia de las barreras a la entrada resulta bastante consistente con la que se aprecia en la doctrina de otras autoridades europeas, incluida la comunitaria. El Servicio, en su Comunicación sobre los elementos esenciales del Análisis de Concentraciones Económicas¹⁹, considera como barreras a la entrada:

«...aquellos obstáculos a los que deben hacer frente los potenciales competidores y que pueden incidir en la decisión de entrada en el mercado hasta el punto de eliminar su posible efecto disciplinante sobre los operadores ya presentes».

Entre las barreras a la entrada que tienen en cuenta habitualmente las autoridades encontramos las siguientes:

- *Barreras legales*: Puede haber en la normativa factores que dificulten la entrada, especialmente si limitan el derecho al ejercicio de una actividad o la propiedad de *input* a favor de un operador o de un grupo limitado de operadores.

- *Costes hundidos*: La existencia de costes hundidos constituye el elemento clave de la existencia de barreras a la entrada estructurales. En presencia de costes irrecuperables de magnitud el incentivo a la entrada se reduce. Un entrante potencial únicamente incurrirá en estos costes hundidos derivados de la entrada si espera ser capaz de recuperar no sólo estos costes hundidos, sino también los costes “evitables” a través de los ingresos que espera obtener. Por otro lado, el incumbente ya ha acometido sus inversiones hundidas y permanecerá en el mercado, al menos, tanto tiempo como pueda seguir recuperando los costes evitables. El operador incumbente puede ser capaz de explotar esta asimetría señalizando al potencial entrante que, en caso de que se decida

¹⁹ Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del servicio de Defensa de la Competencia. <http://www.dgdc.meh.es/ElementosAnálisisConcentraciones.htm>.

a entrar, los precios serán tan bajos que será incapaz de recuperar los costes hundidos.

- *Acceso privilegiado a factores de producción:* La empresa o empresas instaladas pueden tener un acceso privilegiado a factores de producción claves ya sea porque estén integradas verticalmente, porque tengan ciertos derechos de propiedad intelectual, por la dificultad para acceder al conocimiento técnico o al suministro de un determinado servicio por razones de escasez o congestión. A menudo, aunque el acceso a los factores sea factible se entiende que las diferencias implícitas en el mismo pueden producir ventajas absolutas de costes para los instalados.

- *Economías de escala:* Las economías de escala suponen que los costes medios se reducen conforme aumenta la producción del operador. Por ello, resulta más eficiente producir para volúmenes altos de ventas. Ello puede reducir el número de operadores viables que caben en el mercado y, además, hacer que los operadores instalados que ya cuentan con una base de clientes grande tengan una ventaja comparativa sobre los entrantes, que no serán capaces de producir a costes tan bajos.

- *Obstáculos a la creación o acceso a una red de distribución:* Para comercializar el producto con éxito puede ser necesario contar con una red de distribución que asegure que el producto puede llegar a los consumidores en condiciones competitivas. Dicha red puede ser propia o de terceros. En muchos casos se considera como barrera a la entrada el hecho de que esa red sea difícil de replicar.

- *Ventajas estratégicas,* derivadas del hecho de que la entrada se haya producido antes o de que determinadas empresas cuentan con ciertas ventajas comparativas. El hecho de que una empresa consiga diferenciar su producto a través de una determinada imagen de marca y de un efecto reputación puede considerarse por las autoridades de competencia como una barrera de entrada. También suele catalogarse de barrera a la entrada el que los consumidores se hayan familiarizado con sus productos y esto haya creado ciertos costes de cambio, ya sean psicológicos o de aprendizaje.

Esta somera descripción de lo que las autoridades normalmente consideran barreras a la entrada refuerza la conclusión de que la práctica de las autoridades ha ido desde luego más allá de STIGLER e, incluso, de BAIN a la hora de establecer su concepto de lo que constituyen barreras a la entrada en los análisis de dominancia. La aproximación que las autoridades emplean dibuja unos límites todavía más amplios y difusos a la hora de establecer lo que es una barrera.

WILLIAMSON *et al.* introducen una reflexión muy interesante a este respecto. Al definir las barreras a la entrada desde un punto de vista económico es necesario tener en cuenta también la dimensión tiempo de entrada. Puede ocurrir que el entrante deba soportar un mayor coste en términos de tiempo con relación a lo que soportó el establecido o que, para que la entrada le tome los mismos plazos, el coste sea mayor. De no incurrir en dichos costes añadidos puede que la entrada sea más lenta, lo cual puede tener implicaciones desde el punto de vista del bienestar.

Estos autores apuntan que esta consideración es especialmente relevante desde la perspectiva de defensa de la competencia. De hecho, les lleva a acuñar una definición de lo que denominan *antitrust barrier*: se trata de aquellos costes que retrasan la entrada y reducen el bienestar de los consumidores con relación a lo que sucedería si la entrada no se retrasara (y no hubiera un *trade-off* entre coste y tiempo).

Esta definición está más aquilatada a la práctica de las autoridades. Aun así, es importante subrayar que requiere, en concordancia con los objetivos que persigue la normativa de competencia, afectación al bienestar de los consumidores. Si la entrada inmediata supusiera una reducción de la eficiencia y del bienestar del consumidor, el elemento que dilata o incluso impide la entrada no debería ser considerado una barrera a la entrada, ni siquiera en el sentido *antitrust*.

5. CONCLUSIONES

Estamos a la espera de que vean la luz las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del art. 82, donde sin duda se dirán cosas interesantes sobre el concepto de dominancia. No obstante, a partir del *Discussion Paper* publicado por la Comisión, resulta bastante predecible saber cuáles van a ser las directrices para la delimitación de este concepto. El enfoque resulta un tanto ecléctico: se trata de atender a los criterios más ortodoxos de la Jurisprudencia del Tribunal, pero, al mismo tiempo, el concepto de barrera a la entrada no olvida la tradición de BAIN.

Cuestión aparte es cómo en la práctica se interpretan estos criterios. Nos encontramos a este respecto con al menos dos tipos de problemas. En primer lugar, se realiza una interpretación excesivamente mecánica y simplista de los mismos, desvirtuando los objetivos que persiguen. Es el caso de algunas calificaciones de dominancia que descansan en exceso en argumentos de cuota de mercado o que, al valorar las barreras a la entrada, olvidan que el interés de los consumidores debe estar en juego en ausencia de la misma.

En segundo lugar, hay una tendencia a veces a rebajar los criterios que la propia norma establece a la hora de declarar dominante a un operador. Parece existir el temor a que, interpretando la dominancia de una manera estricta, se pudiera declarar no dominantes a operadores que lo son, perjudicando con ello a los consumidores si se dejan de perseguir posibles abusos. Este riesgo sin duda existe. Pero también existe el riesgo de imponer obligaciones a empresas cuya posición en el mercado se deba realmente a su capacidad de inversión y a su esfuerzo competitivo. Este tipo de error puede ser igual o más nocivo para la eficiencia y el bienestar del consumidor. Por ello, es importante atender al conjunto de criterios teóricos que se han descrito y, en última instancia, reflexionar siempre sobre las implicaciones sobre el bienestar de los consumidores.

