

LA NOCIÓN DE ABUSO

UN ENFOQUE ECONÓMICO DEL ARTÍCULO 82

Patrick REY (coordinador)

Universidad de Toulouse

Jordi GUAL

IESE Business School y «La Caixa», Barcelona

Martin HELLWIG

Instituto Max Planck para la investigación sobre bienes colectivos, Bonn

Anne PERROT

Universidad de París I y Consejo de la Competencia, París

Michele POLO

Universidad Bocconi, Milán

Klaus SCHMIDT

Universidad de Munich

Rune STENBACKA

Swedish School of Economics, Helsinki y RUESG
(Unidad de investigación sobre estructuras y crecimiento económico), Universidad de Helsinki

RESUMEN EJECUTIVO

El presente informe defiende un enfoque económico del art. 82, de manera similar a la modificación del art. 81 y el control de fusiones. En concreto, defendemos un enfoque de la política de la competencia basado en los efectos, en vez de en la forma. Dicho enfoque se centra en la presencia de efectos anticompetitivos que perjudican a los consumidores y se basa en el examen de cada caso concreto, a partir de un análisis económico sólido y fundado en los hechos.

¿POR QUÉ NECESITAMOS UN ENFOQUE ECONÓMICO?

El enfoque económico del art. 82 se centra en la mejora del bienestar del consumidor. Al hacerlo, evita confundir la protección de la competencia con la protección de los competidores y pone el énfasis en que la finalidad última de la política de la competencia es la satisfacción de las necesidades del consumidor. La competencia es un proceso que obliga a las empresas a ser receptivas a las necesidades de los consumidores en materia de precio, calidad, variedad, etc.; con el tiempo también actúa como mecanismo de selección, de manera que las empresas más eficientes reemplazan a las menos eficientes. Por lo tanto, la competencia es un elemento clave para la promoción de una economía europea con un mayor crecimiento, orientada al consumidor y más competitiva.

Un enfoque económico requiere un examen minucioso de cómo funciona la competencia en cada mercado concreto, para evaluar el modo en que estrategias concretas de las empresas afectan al bienestar del consumidor. Además, el enfoque económico logra dos objetivos complementarios. En primer lugar, garantiza que la conducta contraria a la competencia no burle las disposiciones legales: al centrarse en los efectos de los actos de las empresas en vez de en la forma, el enfoque económico hace que a las empresas les resulte más difícil sortear las restricciones impuestas por la política de la competencia cuando intentan alcanzar los mismos resultados finales mediante el uso de distintas prácticas comerciales. Al mismo tiempo, este enfoque proporciona un tratamiento más apropiado de las prácticas, ya que éstas se evalúan en función de su resultado, de manera que dos prácticas que tengan el mismo efecto estarán sujetas a un tratamiento comparable.

En segundo lugar, el enfoque basado en la economía garantiza que las disposiciones legales no obstaculicen indebidamente las estrategias a favor de la competencia. Un análisis basado en los efectos tiene totalmente en cuenta el hecho de que muchas prácticas comerciales pueden tener distintos efectos en circunstancias distintas: en unas ocasiones

pueden distorsionar la competencia y en otras fomentar la eficiencia y la innovación. Un enfoque de la política de la competencia que afronte directamente esta dualidad garantizará la protección de los consumidores (mediante la prevención de conductas que resulten perjudiciales para los mismos) y promoverá al mismo tiempo un mayor crecimiento y productividad generales (ya que no desalentará la búsqueda de eficiencia por parte de las empresas).

¿CUÁLES SON LAS IMPLICACIONES DE UN ENFOQUE ECONÓMICO?

El enfoque económico de la aplicación del art. 82 conlleva que la evaluación de cada caso específico no se realice sobre la base de la forma que adopta una práctica comercial concreta (por ejemplo, acuerdos de exclusividad, ventas vinculadas, etc.), sino sobre la evaluación de los efectos contrarios a la competencia generados por la conducta comercial. Esto significa que las autoridades de la competencia necesitan identificar un perjuicio para la competencia y evaluar hasta qué punto dicho efecto negativo para los consumidores queda potencialmente compensado por mejoras en la eficiencia. La identificación del perjuicio para la competencia requiere la explicación detallada de una conducta comercial coherente, basada en un análisis económico sólido y apoyada por hechos y evidencia empírica. Del mismo modo, las eficiencias —y el modo en el que se transmiten a los consumidores— deberían justificarse adecuadamente en la base al análisis económico y fundamentarse en los hechos de cada caso.

Un enfoque económico de la política de la competencia se presta de forma natural a un enfoque basado en la “regla de la razón”, ya que es necesario considerar detenidamente los detalles específicos de cada caso y esto es especialmente difícil con la aplicación de reglas *per se*. Al mismo tiempo, no deberíamos caer en la trampa de la intervención activa y el ajuste preciso; siempre que sea posible, es preferible la competencia a la regulación minuciosa ya que es el mejor mecanismo para evitar ineficiencias y fomentar la productividad y el crecimiento. Esto exige un enfoque “no dirigista” de la política de la competencia, que se centra en la mayoría de casos en las barreras de entrada al mercado. En el contexto del art. 82, resulta por lo tanto lógico centrarse en el perjuicio para la competencia que proviene de estrategias de exclusión —posibles excepciones se refieren a algunos sectores con monopolios naturales, en los que puede ser necesaria la supervisión continua de los precios y condiciones de acceso por parte de los organismos reguladores—. Sin tratar de ser exhaustivo, el presente informe analiza estrategias de exclusión bien identificadas y las prácticas que éstas conllevan.

¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS PARA EL PROCEDIMIENTO Y LA PREDICTIBILIDAD DE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA?

Por lo que respecta al procedimiento, el enfoque económico implica que no es necesario realizar una evaluación preliminar y separada de la situación de dominio. En su lugar, el énfasis se pone en la realización de un informe verificable y coherente que demuestre la existencia de un perjuicio importante para la competencia, ya que dicho efecto contrario a la competencia es lo que realmente importa y prueba por sí mismo la situación de dominio. En un enfoque basado en los efectos, lo importante es el uso del análisis económico bien fundado. Este marco conceptual proporciona un punto de referencia para la evaluación detallada de los elementos clave que deben estar presentes en un caso, tanto si se intenta comprobar la existencia de un perjuicio importante para la competencia, como si se quieren demostrar importantes logros de eficiencia económica.

Este enfoque también tiene implicaciones lógicas por lo que respecta a la carga de la prueba en casos específicos. Las autoridades de la competencia deben demostrar la existencia de un perjuicio importante para la competencia, mientras que la empresa dominante debe encargarse de aportar pruebas creíbles de los logros de eficiencia.

La exigencia de pruebas económicas consistentes, basadas en hechos demostrados, puede percibirse como una cierta limitación de la libertad de acción de la autoridad de defensa de la competencia. Sin embargo, esta exigencia resulta necesaria para garantizar un tratamiento similar de las diversas prácticas que pueden generar el mismo efecto contrario a la competencia. Además, también contribuye a mejorar la predictibilidad y, con ello, la eficacia de la aplicación de la política de la competencia. Es más, la predictibilidad no tiene por qué ser mayor con un enfoque basado en la forma (como muestran los casos Michelin) y a veces la predictibilidad inherente a las prohibiciones *ex-ante* puede ser en realidad como una camisa de fuerza para los negocios que impida la innovación y el crecimiento económico.

En términos generales, creemos que el enfoque económico presentado en este informe es un paso en la buena dirección: centrado en las necesidades de los consumidores y el fomento del crecimiento económico y acorde con las modificaciones del art. 81 y el control de fusiones. No se trata de que haya un mayor o menor intervencionismo, sino de que éste sea más efectivo. El objetivo es centrarse en los perjuicios importantes para la competencia, preservando y fomentando al mismo tiempo la eficiencia. El enfoque económico del art. 82 proporciona un

marco flexible que fomenta una mayor productividad y crecimiento en beneficio de los consumidores.

1. PRINCIPIOS GENERALES

A) **El enfoque basado en los efectos frente al enfoque basado en la forma**

La política europea de la competencia ha sido modificada recientemente, siguiendo hoy en día un enfoque más económico en la aplicación del art. 81 sobre acuerdos anticompetitivos y control de fusiones. Aquí defendemos que se adopte el mismo criterio en la aplicación del art. 82 sobre el abuso de posición dominante. En concreto, sostenemos que la autoridad de defensa de la competencia debería adoptar un enfoque basado en los efectos en vez de en la forma, para aplicar la política de la competencia. En este capítulo analizamos los beneficios globales de un cambio en este sentido para hacer luego algunos comentarios sobre cómo aplicarlo¹.

Con frecuencia, la discusión y gestión de los casos del art. 82 se organizan por categorías de conductas, tales como fijación de precios predatorios, discriminación, rebajas por fidelidad o ventas vinculadas. Sin embargo, este enfoque basado en la forma resulta problemático, ya que en muchos casos hay prácticas alternativas que pueden servir para lograr el mismo objetivo. Por ejemplo, la fijación de precios predatorios puede adoptar la forma de descuentos selectivos dirigidos a los clientes potenciales del rival. Otra posibilidad es que la empresa que fija los precios predatorios ponga en práctica una discriminación explícita y aplique unos precios más atractivos o, de manera más general, ofrezca mejores condiciones a dichos clientes. Otros instrumentos a los que puede recurrir la empresa predatora son la discriminación implícita (por ejemplo, fijando descuentos por fidelidad o por volumen, que formalmente son aplicables a todos, pero que en realidad están hechos a la medida de las necesidades específicas de los clientes a los que se dirigen), así como el empaquetamiento mixto o las ventas vinculadas, cuando estos clientes están especialmente interesados en el paquete de productos en cuestión. Por poner otro ejemplo, una empresa que controle un insumo clave puede distorsionar la competencia en los mercados situados hacia abajo en el proceso productivo, si se niega a tener relaciones comerciales con las empresas situadas en dichos mercados; otra posibilidad es que se dedique a llegar a acuerdos de exclusividad o que lleve a cabo de manera

¹ J. VICKERS (2004), «Abuse of Market Power», *The Economic Journal*, 115 (junio), F244-F261, ofrece un estudio detallado de las cuestiones relacionadas con la aplicación.

implícita o explícita discriminación de precios, tal y como se menciona más arriba. Entre los otros instrumentos se incluye la selección de (in-)compatibilidades específicas, la vinculación física o comercial, etc.

Un enfoque más consecuente partiría de los efectos de la conducta anticompetitiva, como la exclusión de competidores en el mismo mercado o en un mercado relacionado horizontal o verticalmente y tendría en cuenta el perjuicio anticompetitivo que se causa a los consumidores. La adopción de este enfoque basado en los efectos garantiza que estas distintas prácticas reciban el mismo tratamiento cuando se adoptan con la misma finalidad. Por el contrario, un enfoque basado en la forma conlleva el riesgo de que dichas prácticas se traten de manera desigual y, posiblemente, de que la actitud ante algunas de las mismas sea relativamente más indulgente (por ejemplo, debido a diferentes normas). El arbitraje entre estos distintos tratamientos puede facilitar la exclusión o inducir a la empresa dominante a adoptar métodos de exclusión alternativos, que pueden muy bien tener un coste mayor para los consumidores.

Por ejemplo, en el contexto de la fijación de precios predatorios, unas normas muy estrictas contra esta práctica podrían hacer que la empresa predatoria ofreciera mejores condiciones en otros aspectos. Es poco probable que estas mejoras se transmitirían a los consumidores finales. Éstos ya no se beneficiarían de unos precios bajos a corto plazo y, por lo tanto, estas estrategias alternativas podrían seguir teniendo efectos de exclusión similares a largo plazo. Del mismo modo, en el contexto del cierre vertical del mercado, la prohibición de la discriminación podría llevar al propietario de un cuello de botella a negarse a tener relaciones comerciales con cualquier empresa competidora independiente situada en una fase posterior del proceso productivo —lo que puede muy bien interpretarse como una forma más extrema de discriminación—. Sin embargo, con esta decisión la empresa dominante estaría renunciando a cierta diversidad de productos, lo que reduce sus beneficios pero también perjudica a los consumidores.

Bajo ciertas circunstancias, distintas prácticas pueden servir para lograr un mismo propósito, pero una misma práctica también puede tener efectos favorables o contrarios a la competencia dependiendo de las circunstancias. Por poner un ejemplo sencillo, los precios bajos son la base de un proceso competitivo deseable; y en algunos casos [precios de introducción, economías de escala y de alcance, aprendizaje práctico (*learning by doing*), efectos de red], incluso unos precios que estén por debajo del coste durante un tiempo pueden ser precios competitivos “normales”. Sin embargo, también es verdad que en determinadas circunstancias los precios bajos (incluso por encima del coste) pueden tener un

efecto excluyente y perjudicar a los consumidores a medio y largo plazo. Una vez más, centrarse en los efectos, y no en la forma, es fundamental para una política de la competencia efectiva.

Tanto si partimos de un enfoque basado en los efectos como si lo hacemos de un enfoque basado en la forma, para aplicar la política de la competencia se puede optar por normas *per se*, es decir, una descripción *ex-ante* de lo que está prohibido, o por una regla de la razón, esto es, una evaluación global *ex-post* de las diferentes consecuencias. En un enfoque basado en los efectos, una norma *per se* para la “predación financiera”, podría ser «siempre que en un mercado exista un operador establecido económicamente fuerte y una empresa recién entrada económicamente débil, el operador no podrá “invertir en pérdidas” más allá de un cierto límite» (a definir en relación con las posibles prácticas). Por el contrario, en un enfoque basado en la forma, una norma *per se* sobre la “fijación de precios predatorios” prescribiría que «el operador no puede bajar su precio por debajo de cierto límite». Es decir, que frente al enfoque basado en la forma, un enfoque basado en los efectos incluso cuando se aplica como una regla *per se*, incluye más de una única práctica (fijación de precios bajos, mucha publicidad, etc.) y requiere una descripción más completa de las circunstancias (situación financiera de la empresa establecida y de la recién entrada). Aun así, la autoridad de defensa de la competencia tiene que sopesar en ambos casos la probabilidad de falsos positivos (condenar una práctica favorable a la competencia) y de falsos negativos (permitir que una empresa dominante abuse de su poder en el mercado), así como la magnitud probable de los costes para la competencia de ambos tipos de errores. Por lo tanto, si por ejemplo se tuviera que adoptar un enfoque *per se*, la norma *per se* debería ser una prohibición sistemática sólo en caso de que se pensara que el coste previsto de los falsos negativos iba a ser mayor que el de los falsos positivos. No obstante, el enfoque económico que destacamos más abajo sugiere que, en general, ambos tipos de errores son probables y que pueden evaluarse de manera mucho más precisa si se tienen en cuenta las circunstancias concretas de un caso. Por ello, esto proporciona un argumento muy importante a favor de la regla de la razón. Aun así, la norma y el proceso adoptados deberían estar diseñados para equilibrar estos dos tipos de errores. Por ejemplo, si se espera que el coste de los falsos negativos sea mayor, la balanza debería inclinarse a favor de los demandantes y en contra de las empresas dominantes. En cambio, en un enfoque basado en la forma, este equilibrio se debería realizar para cada práctica diferente y sin duda esto podría llevar a un tratamiento desigual entre prácticas a pesar de ser usadas para lograr el mismo propósito. Por el contrario, en un enfoque basado en los efectos, el equilibrio se deberá aplicar en función del tipo de perjuicio anticompetitivo

que estuviera en juego, garantizando no sólo que el tratamiento fuera más acorde sino que además permitiría centrar la atención y los recursos escasos de la autoridad de la competencia en aquellos casos en los que fuera probable un mayor perjuicio para la competencia.

B) Objetivos

a) Los consumidores son importantes

En la anterior descripción de la política de la competencia hemos pedido a la autoridad de la competencia que empiece por identificar el perjuicio para la competencia asociado al caso analizado. Y esto nos lleva a la pregunta de qué es lo que se entiende por “perjuicio para la competencia”. A su vez, esto enlaza con la cuestión de cuáles son los objetivos de la política de la competencia. Según la tradición económica, el objetivo de la política de la competencia es la protección de la competencia². Esta fórmula como tal no es de mucha ayuda ya que plantea la cuestión adicional de con qué criterios la autoridad de defensa de la competencia debe evaluar en la práctica una conducta determinada. Si un tipo determinado de conducta permite a una empresa tener éxito y expulsar a sus competidores del mercado, ¿con qué criterio debería valorar la autoridad de defensa de la competencia si esta conducta es perjudicial para la “competencia” o bien es legítima y su prohibición por la misma autoridad perjudicaría a la competencia? En última instancia, la valoración del perjuicio para la competencia debe basarse en el análisis de cómo funciona la competencia en cada mercado en concreto y qué supone una práctica en cuestión para los participantes en el mismo.

El criterio para evaluar si una práctica determinada es perjudicial para la “competencia” o si por el contrario es una herramienta legítima para la misma, debería derivarse de los efectos de esa práctica en los consumidores. Si pensamos en la “competencia” como en un régimen en el que diferentes proveedores se enfrentan para vender sus productos a los participantes del otro lado del mercado, los beneficios obtenidos por esta otra parte del mercado proporcionan por sí mismos una medida de lo bien que funciona la “competencia”. En los mercados de productos finales esta observación conduce directamente a un criterio de bienestar del consumidor. En los mercados de productos primarios o intermedios, un criterio de bienestar del consumidor se puede obtener añadiendo la observación de que la organización vertical del propio sector

² Por ello, en su XXIX Informe sobre política de la competencia (2000, p. 6) la Comisión Europea escribe: «El primer objetivo de la política de la competencia es el mantenimiento de los mercados competitivos».

es un sujeto de la “competencia”, en la que los consumidores finales son los beneficiarios últimos. En cualquier caso, la competencia obliga a la parte proveedora de la economía a ser receptiva ante las necesidades de los consumidores en relación con el precio, la calidad, la variedad, etc. Las estrategias comerciales que responden a estas necesidades y aumentan el bienestar de los consumidores tienen muchas posibilidades de ser estrategias competitivas legítimas. La observación en el mercado de una estrategia de este tipo proporciona a primera vista una prueba de un nivel considerable de competencia. Por el contrario, una disminución del bienestar de los consumidores es una prueba de que ha habido algún perjuicio para la competencia.

Si la evaluación del perjuicio para la competencia y la protección de la misma se determinan en relación con el bienestar del consumidor, corresponde a la autoridad de defensa de la competencia examinar, en cada caso y sin prejuicios, el funcionamiento existente de la competencia en ese mercado en concreto y explicar el perjuicio que la práctica en cuestión supone para los consumidores. Sin la disciplina que proporciona esta rutina, la autoridad podría estar tentada a identificar la “protección de la competencia” con la preservación de una determinada estructura de mercado, por ejemplo una estructura que suponga competencia real para una empresa dada. En este caso, su intervención podría tener simplemente el efecto de proteger a las otras empresas del mercado de competencia, permitiéndoles mantener su presencia en el mercado aun cuando sus ofertas no proporcionasen a los clientes las mejores opciones en cuanto a precios, calidad o variedad³.

En algunos casos, puede ser adecuada cierta preocupación por proteger a los competidores frente a ciertos tipos de conducta inapropiada. Sin embargo, es obvio que esto no es cierto en todos los casos; además, los propios competidores no deberían estar protegidos de la competencia por la intervención de la autoridad. Por eso en cada caso la autoridad de defensa de la competencia debe valorar estos asuntos sin que se vea perjudicada ninguna estructura concreta. Una norma de bienestar del consumidor en el contexto de un enfoque basado en los efectos proporciona un criterio apropiado para la distinción. La remisión a esta norma resulta aún más importante si tenemos en cuenta que, en la práctica de un caso concreto, los competidores están normalmente mucho

³ Por este motivo, en el caso Lufthansa-Germania de fijación de precios predatorios, en noviembre de 2001, la *Bundeskartellamt* (Oficina federal de cárteles) exigió a Lufthansa que mantuviera su precio en la ruta Düsseldorf-Berlín al menos 35 euros por encima de los 99 euros con los que la compañía Germania aseguraba cubrir sus costes. La diferencia se consideró que reflejaba los costes de los servicios ofrecidos por Lufthansa, pero no por Germania. En cualquier caso, no se tuvo en cuenta la relación entre el precio base de 99 euros y los costes de Lufthansa (aunque las afirmaciones de Lufthansa en relación con otros casos sugieren que los costes eran mayores).

mejor organizados que los consumidores. La autoridad de defensa de la competencia recibe más reclamaciones y más material de los competidores, de manera que el procedimiento suele inclinarse hacia la protección de éstos. El desarrollo de una rutina para la evaluación de los efectos sobre el bienestar del consumidor proporciona un contrapeso a este sesgo.

b) Dilemas, variables indicativas y necesidad de un enfoque no dirigista

El uso del término único “bienestar del consumidor” oculta el hecho de que en realidad estamos hablando de una cuestión que presenta diversos aspectos. Muchos asuntos afectan a varios mercados, con efectos sobre el bienestar del consumidor que van en distintas direcciones en cada uno de ellos. En muchos casos, además de tener presente su bienestar actual es también necesario pensar en el bienestar del consumidor en el futuro.

En estos casos, la autoridad de defensa de la competencia tiene que adoptar un punto de vista global y considerar los diferentes efectos de las prácticas que se están estudiando y de las intervenciones sobre el bienestar del consumidor. En concreto, debe tener en cuenta los efectos tanto a largo como a corto plazo y las repercusiones sobre los mercados vecinos y sobre los mercados directamente examinados. La falta de atención hacia posibles efectos indirectos o a largo plazo no queda justificada por el hecho de que dichos efectos sean más inciertos y más difíciles de evaluar.

Al considerar los efectos sobre el bienestar del consumidor en diversos mercados, presentes y futuros, con frecuencia nos encontramos con dilemas o tradeoffs. En algunos casos, los propios mercados proporcionan información sobre el peso adecuado que hay que dar a cada uno de los distintos efectos, por ejemplo, las tasas de descuento para comparar los efectos futuros con los actuales. Sin embargo, en muchos casos estos dilemas suponen un elemento de redistribución entre grupos de consumidores; y para este tipo de redistribución, los datos obtenidos del mercado —o cualquier otros datos— no proporcionan una orientación “objetiva”. Ante tales dilemas la autoridad de defensa de la competencia debe aplicar su propio criterio, que necesariamente conlleva un cierto componente de subjetividad. No obstante, el reconocimiento de que en la elección sobre los dilemas cabe un cierto elemento subjetivo, no exime a la autoridad de defensa de la competencia de la exigencia de ser clara sobre los propios dilemas y de indicar con precisión qué efectos sobre el bienestar del consumidor son relevantes en su decisión.

Al centrarse en el bienestar del consumidor, no hay que caer en la trampa de ver la política de la competencia como una herramienta de intervención activa diseñada para corregir las ineficiencias asociadas a monopolios y oligopolios con el fin de maximizar algunas medidas de bienestar. La política de la competencia se basa en el principio de que la competencia en sí misma es el mejor mecanismo para evitar las ineficiencias, de manera que la autoridad de defensa de la competencia no debería intentar que su propia intervención reemplazara el papel de la competencia en el mercado. Los poderes concedidos a la autoridad de defensa de la competencia son, con muy pocas excepciones, poderes para prohibir ciertas conductas y ciertos desarrollos y no poderes para determinar de manera activa hacia dónde deben dirigirse los participantes del mercado. La autoridad puede prohibir determinados acuerdos, determinadas prácticas y determinadas fusiones, pero no debería decir a sus participantes lo que deben hacer en su lugar.

A modo de ejemplo de lo anterior, pensemos en el problema de la fijación de precios de monopolio. Una respuesta al problema podría ser la intervención de la autoridad de defensa de la competencia, alegando que la fijación de un precio excesivo por parte de un monopolista es una infracción de la prohibición del abuso de posición dominante, recogida en el art. 82 del Tratado. Otra posible respuesta sería dejar estar la cuestión, con la esperanza de que los beneficios obtenidos por el monopolista estimularan la innovación o la imitación y entrada en el mercado, de manera que, con el tiempo, el problema se resolviese mediante la competencia.

La elección entre estas dos respuestas alternativas al problema de la fijación de precios de monopolio supone escoger entre diversas políticas de competencia, además de un dilema intertemporal (*intertemporal tradeoff*). Si sólo se tratara de una cuestión de efectos a corto plazo frente a efectos a largo plazo, estaríamos tentados a poner el beneficio inmediato de los consumidores actuales por encima de todo lo demás. Sin embargo, una intervención basada en estos motivos exige que la autoridad de defensa de la competencia determine de hecho qué precio considera apropiado, así como la evolución que debería tener con el tiempo. Y para esto no está realmente capacitada. Además, una política intervencionista de este tipo reduce drásticamente y puede incluso acabar con la posibilidad de proteger a los consumidores en el futuro a través de la competencia en vez de con la política intervencionista. Es mucho más deseable un régimen en el que la protección del consumidor frente a los abusos de los monopolios se base en la competencia, que otro en el que la protección se logre mediante el control político o administrativo de los precios. Por lo tanto, en la mayoría de situaciones, la autoridad de

defensa de la competencia debería abstenerse de intervenir contra la fijación de precios de monopolio y ver, en su lugar, si hay espacio para que se abra la competencia.

Las excepciones a esta recomendación suelen afectar a monopolios que poseen instalaciones básicas como las redes de transmisión y distribución de electricidad, cuya duplicación es técnicamente inviable o económicamente no deseable. La intervención para controlar el uso del poder monopolístico que deriva de estas instalaciones es conveniente, especialmente como herramienta para aumentar la competencia en actividades como la generación y venta de electricidad, que no son en sí “monopolios naturales”, pero que exigen el acceso a las instalaciones básicas. Sin embargo, al diseñar las reglas adecuadas para el acceso y para la fijación del precio de dichas instalaciones, hay que prever la supervisión continua. Esto se sale del ámbito tradicional de la política de la competencia y es mejor dejarlo en manos de las autoridades regulatorias especializadas. En cualquier caso, el hecho de que un enfoque dirigista sea justificable para algunas instalaciones básicas no debe significar que se convierta en un paradigma para la propia política de la competencia.

Al evaluar las consecuencias futuras de políticas alternativas, una de las dificultades que surge es que sus efectos sobre los futuros resultados del mercado son difíciles de predecir. Intentar prever las distintas posibilidades es a veces bastante difícil, especialmente si tenemos en cuenta que el talento de los mercados competitivos radica precisamente en desarrollar posibilidades en las que nadie ha pensado antes. Dada esta dificultad, en ocasiones es necesario descartar un cálculo explícito del bienestar del consumidor en los mercados futuros y confiar en su lugar en una variable representativa. En este sentido puede ser muy útil que dicha variable se refiera a aspectos de la estructura del mercado.

En el análisis anterior sobre el problema del monopolio se ha llegado a la conclusión de que una estructura en la que la autoridad descarte cualquier intento de controlar la fijación de precios de monopolio, pero en la que otros proveedores puedan acceder libremente al mercado, es una opción mejor, en la mayoría de los casos, que una estructura que suponga un control de la fijación de los precios de monopolio y unos menores incentivos a la entrada en el mercado. Esta opinión se basa en patrones generales de experiencia sobre las implicaciones que las dos alternativas han tenido en diversos mercados, en vez de en un intento de lograr una predicción exacta referida al mercado en cuestión. Y como tal, es conforme con un enfoque no dirigista de la política de la competencia.

En el ejemplo del monopolio, el uso de aspectos estructurales del mercado, en concreto, la libertad de entrada y la perspectiva de competencia en el futuro, como variables representativas para la evaluación explícita de los efectos sobre el bienestar del consumidor en mercados futuros, sirve para alertar a la autoridad de defensa de la competencia de los peligros de la intervención. En otros ejemplos, como los casos que suponen el cierre del mercado, el uso de una variable representativa de este tipo también puede funcionar en sentido contrario y requerir una intervención diseñada para prohibir las prácticas de exclusión y mantener los mercados abiertos a la competencia. Los aspectos estructurales de los mercados que hay que tener en cuenta abarcan nociones tradicionales de la estructura del mercado, pero se extienden más allá e incluyen, en especial, las posibilidades de entrada de nuevos competidores. En cada caso, la autoridad de defensa de la competencia debe explicar claramente: i) la justificación material exacta para tratar los efectos estructurales en cuestión como una variable representativa para calcular los efectos sobre el bienestar futuro del consumidor, y ii) la manera exacta en que la práctica comercial que se está estudiando afecta a la competencia existente y a la futura. En especial, hay que prestar atención a los efectos de exclusión que restringen la posibilidad de una nueva entrada. Los perjuicios para la competencia que se derivan de estos efectos de exclusión se tratan en detalle a continuación. Sin embargo, no debería presuponerse *a priori* que la estructura actual del mercado y los competidores actuales son garantía de que habrá competencia que aumentará el bienestar del consumidor en el futuro.

c) *Procedimiento*

El paso de un enfoque basado en la forma a otro basado en los efectos tiene importantes consecuencias para el procedimiento. Mientras que con un enfoque basado en la forma basta con verificar: i) que una empresa tiene una posición dominante, y ii) que se pone en práctica un determinado comportamiento, un enfoque basado en los efectos exige la comprobación de que existe perjuicio para la competencia.

En primer lugar, a la hora de decidir estudiar un caso, la autoridad de defensa de la competencia debería centrarse en identificar el perjuicio para la competencia que le preocupa. Para ello, la autoridad tiene que analizar la práctica en cuestión para ver si puede demostrar mediante un informe coherente y verificable que existe un perjuicio importante para la competencia. Este informe debería basarse en un análisis económico sólido y apoyarse en hechos. En especial, como muchas prácticas pueden tener tanto efectos favorables como contrarios a la compe-

tencia, la simple alusión a la posibilidad de que exista un caso no es suficiente, sino que hay que explicar con detalle la existencia de los componentes necesarios para la existencia del caso y demostrar que dichos componentes están presentes. Al mismo tiempo, la autoridad debe realizar las comprobaciones necesarias para determinar que la práctica en cuestión no puede justificarse como un tipo legítimo de conducta competitiva. Y si es posible realizar diversas interpretaciones, la autoridad debe estudiar si los datos permiten dejar claro a cuál de las distintas interpretaciones se debe.

Al exigir un informe basado en un análisis económico sólido y fundado en hechos, *no* estamos pidiendo un informe que reduzca el caso estudiado a un modelo formal único y que lo abarque todo. Los modelos formales están concebidos para verificar la consistencia de los argumentos sobre un efecto en particular y para hacerse una idea de los datos empíricos necesarios para evaluar la importancia de dicho efecto en un caso determinado. Sin embargo, en cualquier caso práctico hay que analizar diversos efectos al mismo tiempo y en estas condiciones es posible que no se pueda realizar un análisis formal que lo englobe todo. De todas maneras, en cada efecto concreto que se considere los argumentos que se aporten deberían basarse en un análisis formal. A estas alturas el análisis debería fundamentarse en modelos, utilizarlos como herramientas para evaluar la validez del argumento —en relación con los hechos, así como si es consistente consigo mismo y coherente con los otros argumentos aportados—. En los casos en los que la información empírica apunte efectos que todavía no han sido estudiados por la literatura, es posible que sea necesario desarrollar un modelo partiendo desde cero basado en los métodos habituales. Sin embargo, cuanto menos haya sido analizado un efecto concreto en las investigaciones teóricas y prácticas, más prudente debería ser la autoridad al basarse en el mismo para realizar el informe que va a presentar.

La exigencia de este primer paso puede percibirse como una cierta limitación de la libertad de acción de la autoridad de defensa de la competencia. Sin embargo, es necesario para garantizar un tratamiento coherente de las distintas prácticas que pueden generar el mismo efecto anti-competitivo. Además, también contribuye a aumentar la predictibilidad y, con ello, la eficacia de la aplicación de la política de la competencia.

En contraste con el enfoque basado en la forma, en un enfoque basado en los efectos no es necesario dar tanta importancia a la comprobación por separado de la situación de dominio, salvo, posiblemente, como consideración de *minimis*. Si un enfoque basado en los efectos produce un informe coherente y verificable que demuestra la existencia de un perjuicio significativo para la competencia, el mismo constituye por sí solo

una prueba de la situación de dominio. Los modos tradicionales para determinar la “situación de dominio” mediante el recurso a la información sobre la estructura del mercado son sólo variables indicativas para la determinación de dicha “situación de dominio” en cualquier sentido sustancial, es decir, la capacidad de ejercer poder e imponer una conducta abusiva a los demás participantes en el mercado. Si un enfoque basado en los efectos proporciona una prueba de un abuso que sólo es posible si la empresa tiene una posición de dominio, no es necesaria ninguna otra demostración separada de dicho dominio —sin embargo, si no se presenta ninguna evidencia separada de la situación de dominio, es posible que sea necesario establecer claramente el abuso y probarlo de manera casi irrefutable.

Lo anterior no significa que las consideraciones tradicionales sobre la presencia o ausencia de una situación de dominio sean discutibles, sino que simplemente pasan a formar parte del procedimiento para establecer si hay perjuicio competitivo causado por la práctica que se está investigando. Por ejemplo, en un caso de predación, cualquier informe que recoja la posibilidad de recuperar las pérdidas actuales gracias a las ganancias futuras deberá incluir la verificación de las posibilidades de la empresa de imponer y mantener unos precios más altos una vez que la presunta conducta predatoria haya tenido éxito.

Al proponer reducir el papel de las evaluaciones separadas de situaciones de dominio e integrar la evaluación sustancial de dicha situación en el procedimiento de determinación del propio perjuicio competitivo, nos apartamos de la jurisprudencia tradicional sobre el art. 82 del Tratado, pero *no*, creemos, de la norma legal en sí. El art. 82 del Tratado se refiere no sólo a la posición de dominio como tal, sino a los *abusos* de esta posición dominante. La jurisprudencia tradicional que consiste en realizar evaluaciones separadas de la posición de dominio y de las conductas abusivas simplifica los procedimientos, pero esta simplificación conlleva una pérdida de precisión en la implementación de la norma legal. En algunos mercados, los indicadores estructurales que tradicionalmente sirven de variables representativas de la “posición de dominio” proporcionan una medida apropiada del poder de mercado de las empresas que los forman, pero en otros no. En un mercado en el que dichos indicadores no miden adecuadamente la capacidad de la empresa para imponer una conducta abusiva a los demás, es probable que la intervención de la autoridad de defensa de la competencia según las formas de proceder tradicionales sea inapropiada, demasiado severa en algunos casos y demasiado indulgente en otros. Dado que el propio Tratado no proporciona una definición separada de “posición dominante”, ni reconoce cualquiera de los indicadores tradicionalmente utilizados como tal,

parece que lo más apropiado es que la implementación del propio Tratado se centre en los abusos de una posición dominante en el mercado y que las evaluaciones de las situaciones de dominio se traten en este contexto.

El enfoque basado en los efectos que proponemos también nos permite captar de una manera equilibrada y significativa la noción de la responsabilidad especial de una empresa dominante. La referencia a dicha responsabilidad va dirigida a menudo a prohibir algunas prácticas cuando las ejecuta una empresa dominante, aun cuando dichas prácticas se consideren lícitas si las realizan competidores más pequeños. Una vez centrados en los efectos de exclusión de las prácticas de mercado, la noción de responsabilidad especial emerge de manera natural del análisis, ya que ciertas prácticas deben prohibirse cuando determinan la existencia de efectos de exclusión, mientras que son lícitas si no suponen un perjuicio para la competencia. Como en este análisis no es necesario evaluar por separado la existencia de una posición dominante, la responsabilidad especial es aplicable de manera implícita a cualquier conducta y a cualquier empresa que sea capaz de interferir y distorsionar el proceso competitivo de entrada en el mercado.

El paso de un enfoque basado en la forma a uno basado en los efectos plantea un reto a las actuaciones judiciales. El proceso lógico consistiría en pedir a la autoridad de defensa de la competencia que en primer lugar identificara un supuesto caso de perjuicio para la competencia y la teoría o teorías económicas en las que se basa, así como los hechos que apoyan estas teorías, en contraposición a las teorías competitivas. A continuación, la empresa tendría la oportunidad de presentar su defensa, presumiblemente para ofrecer un relato contrario que indicara que la práctica en cuestión no es contraria a la competencia, sino legítima y quizás incluso favorable para la competencia. Al final, correspondería al tribunal determinar qué versión considera más plausible.

Dada la creatividad de los abogados y economistas a la hora de inventar historias, el resultado de dichos procedimientos puede depender mucho de cómo se reparta la carga de la prueba entre las dos partes. De acuerdo con el procedimiento arriba esbozado, la regla general debería ser que la carga de la prueba de la identificación y establecimiento de efectos contrarios a la competencia correspondiese a la autoridad de defensa de la misma. Dos principios adicionales parecen aconsejables: el primero es que a falta de evidencia adicional en su contra, un argumento basado en una teoría económica aceptada y apoyado en hechos que de acuerdo con dicha teoría son esenciales para la valoración de la práctica en cuestión, debería considerarse más verosímil que un argumento en contra que no tenga dicha base. Por ejemplo, en un caso de predación finan-

ciera, debería bastar que la autoridad de defensa de la competencia estableciera las circunstancias que, de acuerdo con la teoría económica existente, pueden hacer que la predación financiera sea viable, sin tener que proporcionar una explicación más detallada de la posibilidad de recuperación⁴. El segundo es que si el supuesto caso de perjuicio para la competencia aducido por la autoridad de defensa de la competencia cumple los criterios arriba enumerados y en cambio la validez del argumento en contra presentado por la empresa depende de datos que son del dominio de la empresa, es ésta a la que corresponde proporcionar dichos datos.

Ambos principios requieren un cierto grado de flexibilidad en el manejo de los requisitos de la prueba. Sin embargo, esto es algo que no puede evitarse si se pretende llevar a la práctica el enfoque basado en los efectos. Mientras que el enfoque basado en la forma depende de datos que la autoridad de defensa de la competencia debería, en principio, poder proporcionar, el enfoque basado en los efectos requiere además la interpretación de la información y esto es algo más difícil de hacer. La adopción de una teoría económica existente como regla de referencia evita cierta arbitrariedad al realizar dicha interpretación.

La mayor flexibilidad del enfoque basado en los efectos no tiene por qué reducir la predictibilidad de la política de la competencia. Hay que admitir que, dentro de una determinada tradición, un enfoque basado en la forma puede proporcionar tanto a la autoridad de defensa de la competencia como a los participantes en el mercado una guía de los tipos de conducta que son aceptables y los que no. Sin embargo, sin establecer una lista exhaustiva de las formas de conducta aceptables que probablemente constituiría una incómoda “camisa de fuerza” que impediría el progreso y el desarrollo económicos, la jurisprudencia sólo establecerá una lista de prácticas que no son aceptables. Por su propia naturaleza dicha lista no puede ser exhaustiva: las empresas que quieran lograr un propósito determinado (ya sea favorable o contrario a la competencia) siempre estarán tentadas a adoptar prácticas alternativas que todavía no han sido formalmente prohibidas, en cuyo caso se expondrán a cierta incertidumbre legal —tal como ilustra el caso Michelin—. Además, si las presunciones que surgen de un enfoque basado en la forma llevan a resoluciones que van en contra de los aspectos económicos de los casos, generarán resistencia política a dicha política de la competencia. En ese caso, la intervención política podría adoptar por lo menos algunas decisiones sobre política de la competencia que no estuvieran de acuerdo con la jurisprudencia, con lo que los resultados serían

⁴ Sobre esta cuestión, véase P. BOLTON, J. BRODLEY y M. RIORDAN (2000), «Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy», *Georgetown Law Review*, 88, 2239-2330.

sin duda menos predecibles que los de un enfoque basado en los efectos bajo las normas legales existentes.

Además, sin un fundamento común en los principios subyacentes, las presunciones sobre qué tipos de conducta son aceptables y cuáles no, pueden diferir de una jurisdicción a otra, dependiendo de cuál sea la tradición de la jurisprudencia en cada una de ellas. Estas diferencias afectan a la predictibilidad de la política de la competencia en las distintas jurisdicciones. En concreto, es probable que generen desavenencias en la aplicación recientemente descentralizada del art. 82 según el Reglamento 01/2003. El hecho de que exista un fundamento común de los principios subyacentes basado en la teoría económica puede ayudar a coordinar y centrar el proceso de ajuste indispensable y mejorar la predictibilidad de la política de defensa de la competencia descentralizada según el nuevo Reglamento.

2. PERJUICIOS PARA LA COMPETENCIA

En un enfoque no dirigista basado en los efectos, el análisis de los perjuicios para la competencia se centra naturalmente en mantener un proceso competitivo abierto y en evitar la exclusión del mercado de rivales existentes o potenciales. Además, al concentrarse en el impacto de la política de la competencia sobre las barreras de entrada, dicho enfoque garantiza a las empresas entrantes un acceso más fácil a los mercados; y, por lo tanto, contribuye a promover el nacimiento de nuevas actividades y nuevas empresas, en conformidad con la “Agenda de Lisboa”.

Desde esta perspectiva, parece útil distinguir tres tipologías generales de exclusión que difieren en cuanto a la posición que ocupan en el mercado las empresas implicadas y por los aspectos específicos que caracterizan a los efectos de exclusión. Estos tres tipos son: la exclusión dentro del mismo mercado, en la que un operador fuerza la salida o impide la entrada de un competidor; la exclusión en un mercado adyacente, en la que la empresa dominante excluye a fabricantes activos en mercados distintos pero relacionados con su mercado principal, y la exclusión en un mercado relacionado verticalmente, en la que la exclusión se produce en diferentes etapas del proceso productivo.

Este capítulo presenta, por lo tanto, un marco para tratar los perjuicios a la competencia organizando los efectos de exclusión en los tres tipos que hemos distinguido arriba. Dado que un tipo determinado de exclusión puede implementarse a través de diferentes prácticas, nuestra clasificación ayuda a mantener un enfoque coherente en todas las prácticas, tratando de manera uniforme todas las conductas que pueden uti-

lizarse para alcanzar un determinado tipo de exclusión. Dada una situación del mercado que se esté examinando, una misma conducta puede asociarse a explicaciones favorables a la competencia, así como a razones contrarias a la misma. En la sección 3 revisaremos la clasificación tradicional de las prácticas y las relacionaremos con las tres clases de efectos de exclusión señalados en esta sección y con sus posibles justificaciones basadas en la eficiencia.

Nuestro tratamiento pretende ser ilustrativo, más que exhaustivo. En vez de considerar todos los posibles efectos, abusos y prácticas, y menos aún, proporcionar un análisis detallado de cada uno, nos fijamos en algunos de los ejemplos más destacados con el fin de mostrar cómo cambia el análisis de la competencia con un enfoque basado en los efectos. Nuestro objetivo es dilucidar los principios básicos. No intentamos plasmar esos principios en procedimientos operativos. Esto requeriría un análisis de las diferentes formas, efectos e dilemas mucho más completo, sistemático y detallado que el que podemos presentar aquí. Presumiblemente, cuando la Comisión desarrolle sus directrices para el tratamiento de los abusos según el art. 82, se facilitará un análisis de este tipo —y la consiguiente operacionalización de los principios básicos.

A) La exclusión dentro de un mercado

El primer tipo de perjuicio para la competencia en el que nos fijamos es la exclusión de un competidor del mercado en el que la empresa establecida actúa principalmente. La exclusión puede lograrse de dos maneras diferentes: obligando a la empresa rival a salir del mercado o bien impidiéndole la entrada en el mismo. Además, esta categoría de perjuicio para la competencia también incluye el caso en el que una empresa rival, como reacción a las estrategias de la empresa establecida, adopta un comportamiento pasivo y evita competir duramente.

La literatura sobre organización industrial ha analizado un amplio conjunto de prácticas que concuerdan con estos efectos de exclusión. Estas prácticas tienen muchas características comunes, lo que nos permite describir la exclusión dentro de un mercado en términos generales.

En primer lugar, las estrategias anticompetitivas tienen una dimensión temporal y conllevan una fase agresiva seguida de un período de recuperación. Durante la fase inicial, la empresa establecida adopta estrategias destinadas a reducir la rentabilidad (actual o esperada) del competidor (actual o potencial). Por ejemplo, puede bajar el precio (fijación de precios predatorios) u ofrecer descuentos dirigidos a un público con-

creto, con el fin de reducir la demanda del rival y provocarle pérdidas⁵; mediante la venta vinculada de sus productos, la empresa establecida puede impedir la entrada al mercado principal de los competidores que ofrezcan productos complementarios⁶; la empresa dominante también puede usar contratos de exclusividad para evitar la entrada⁷; puede optar por un nivel de calidad muy alto, u ofrecer variedades alternativas (proliferación de productos), reduciendo así la demanda del competidor o los beneficios previstos⁸; puede sobreinvertir en capacidad, para seguir una estrategia de precios bajos al producir un gran volumen⁹; o puede aumentar sus esfuerzos publicitarios, obligando al rival a incrementar también sus gastos promocionales.

Si bien estas prácticas se centran en la reducción de los beneficios de los rivales, durante esta fase inicial, en la mayoría de los casos, también observamos un efecto adverso en los beneficios de la empresa establecida y una mejora del bienestar del consumidor. La reducción de los beneficios de la empresa establecida se produce debido a una distorsión de las estrategias respecto a la situación normal de competencia oligopolística, lo que determina una rentabilidad por debajo de lo óptimo a corto plazo. Por el mismo motivo, el efecto a corto plazo sobre los consumidores es normalmente positivo, ya que la demanda y los beneficios de los rivales sólo pueden reducirse si se ofrecen unas condiciones más atractivas a los clientes.

Los efectos a largo plazo de la conducta excluyente van en sentido contrario: una vez que el operador entrante se ha visto forzado a salir (o a asumir un papel pasivo), o que se ha disuadido la potencial empresa entrante para que no acceda al mercado, la empresa establecida puede aprovecharse de su mayor poder en dicho mercado y recuperar las pérdidas iniciales, empeorando al mismo tiempo las condiciones de los consumidores.

La rentabilidad global de la estrategia de exclusión depende de la capacidad para deshacerse de los competidores e impedir otras entradas

⁵ Véase D. KREPS y R. WILSON (1982), «Reputation and Imperfect Information», *Journal of Economic Theory*, 27, 253-79 y P. MILGROM y J. ROBERTS (1982), «Predation, Reputation and Entry Deterrence», *Journal of Economic Theory*, 27, 280-312.

⁶ Véase D. W. CARLTON y M. WALDMAN (2002), «The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries», *Rand Journal of Economics*, 33, 194-220.

⁷ Véase P. AGHION y P. BOLTON (1987), «Contracts as Barriers to Entry», *American Economic Review*, 77, 388-401.

⁸ Véase R. SCHMALENSEE (1982), «Entry Deterrence in the Ready to Eat Breakfast Cereal Industry», *Bell Journal of Economics*, 9, 305-27, G. BONANNO (1987), «Location Choice, Product Proliferation and Entry Deterrence», *Review of Economic Studies*, 54, 37-46, y K. JUDD (1985), «Credible Spatial Preemption», *Rand Journal of Economics*, 16, 153-166.

⁹ Véase A. DIXIT (1980), «The Role of Investment in Entry Deterrence», *Economic Journal*, 90, 95-106.

al mercado. Y esto es algo difícil de evaluar, tanto para la empresa establecida, como para la autoridad de defensa de la competencia. Los casos antimonopolio que conllevan exclusión pueden abrirse en diferentes etapas de la estrategia abusiva y las pruebas recogidas pueden referirse sólo a las fases iniciales del proceso. En estos casos, el competidor, a pesar de sufrir pérdidas y unas condiciones financieras más difíciles, es posible que aún esté en el mercado y que la empresa establecida no haya empezado todavía a recuperar sus pérdidas iniciales. Si en vez de esto el caso se inicia después de que ya se haya producido la exclusión, pueden obtenerse pruebas de la propia exclusión y del posterior aumento de los precios. De ahí que la recuperación de las pérdidas, a pesar de ser fundamental para la evaluación global de la conducta excluyente, pueda probarse a través de distintas combinaciones de elementos teóricos y empíricos, dependiendo de los casos.

Si nos fijamos en la literatura relevante, resulta interesante para nuestro análisis centrarse en este punto en tres escenarios de exclusión principales, que podemos etiquetar como reputación, interferencias (*signal jamming*) y predación financiera¹⁰. Obsérvese, sin embargo, que si bien las razones de la exclusión difieren en estos tres escenarios, se pueden usar muchas herramientas estratégicas distintas (por ejemplo, fijación de precios, publicidad, diferenciación de productos) para poner en práctica cualquiera de dichos escenarios.

El enfoque de la reputación gira en torno a la falta de información sobre los incentivos que tiene la empresa establecida para adoptar una estrategia agresiva de mercado. Cuando los incentivos de la empresa establecida son inciertos, las creencias del competidor desempeñan un papel crucial en la predicción de las reacciones de dicha empresa establecida y de la rentabilidad de la entrada en el mercado. Si reacciona de manera agresiva lo bastante pronto, la empresa establecida puede inclinarse en un sentido u otro la evaluación de probabilidades de los competidores pequeños o potenciales (reputación), evitando así más entradas en el mercado o provocando la salida del mismo. Y en consecuencia, los beneficios a largo plazo de la empresa establecida quedan protegidos. De ahí que, incluso en los casos en los que la empresa dominante pudiese tener incentivos para adoptar una conducta menos agresiva a corto plazo, las oportunidades de recuperación de pérdidas que ofrece la reputación pueden hacer que adopte una estrategia de exclusión.

El segundo escenario es el que puede conseguirse la exclusión conlleva la realización de interferencias o *signal jamming*. Cuando los

¹⁰ Para un análisis de los escenarios predatorios basado en esta clasificación, véase, por ejemplo, M. MOTTA (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, RU.

competidores nuevos o los pequeños tienen una información imperfecta sobre la rentabilidad del mercado, una estrategia segura exigiría la entrada selectiva en segmentos específicos del mismo. Así, al poner a prueba el mercado, la empresa puede tener un mejor conocimiento local de cuál es la demanda a precios próximos a los que están en vigor en dicho mercado. En una situación así, la empresa establecida puede bajar su precio, mejorar la calidad o lanzar una campaña publicitaria local más allá del nivel de equilibrio, para impedir que el competidor pueda aprender las características de la demanda en las condiciones pertinentes. De esta manera las interferencias permiten que la empresa establecida retrase o impida la entrada.

Por último, la predación financiera puede lograrse a través de distintas prácticas que crean unas condiciones de partida negativas para los resultados del competidor. La teoría tradicional sobre predación por parte de una empresa con fondos financieros importantes (*deep pocket*) parte de la idea de que la empresa establecida tiene una ventaja financiera sobre la empresa entrante, lo que hace que pueda permitirse las pérdidas ocasionadas por una guerra de precios hasta que el competidor se vea expulsado del mercado. Hoy en día, sin embargo, las teorías modernas de organización industrial ponen en duda este punto de vista simplista, ya que no tiene en cuenta la posibilidad de que un competidor eficiente consiga financiación externa durante la fase predatoria, lo que restaura la simetría entre las dos empresas y hace que la predación no resulte rentable para la empresa establecida¹¹. Por lo tanto, una teoría de predación financiera tiene que explicar por qué no surge esta solución, recurriendo a las imperfecciones del mercado de capitales que afectan a la relación entre el operador entrante y sus inversores. Además, aunque la empresa establecida no emprenda una ofensiva para excluir al operador entrante, éste tiene que depender de los inversores que tienen una capacidad limitada para supervisar el esfuerzo de la empresa, el riesgo que asume, los beneficios particulares obtenidos, etc. Esto es especialmente importante en el caso de que el competidor sea una empresa nueva. De ahí que el contrato financiero tenga que prever incentivos que lleven a la empresa a reembolsar a los inversores. La amenaza de liquidar la empresa o la denegación de la ampliación de créditos en caso de que los resultados no sean suficientes, son dos ejemplos de estas cláusulas. Por desgracia, los contratos financieros concebidos para paliar los problemas de agencia también ofrecen oportunidades de predación al operador establecido. Una conducta agresiva que reduzca la liquidez y los beneficios del competidor conseguirá de hecho que las condiciones

¹¹ Véase por ejemplo, P. BOLTON y D. SCHARFSTEIN (1990), «A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting», *American Economic Review*, 80, 93-106.

de financiación externa del mismo sean más difíciles, reduciendo la capacidad de dicho competidor de mantener una guerra de precios prolongada. La otra cara de este dilema es que cualquier intento de reducir la exposición a la predación, por ejemplo asegurando la financiación del competidor aun cuando obtenga unos pobres resultados, agravaría los problemas de agencia del inversor.

En este punto hay que hacer hincapié en que en todas las situaciones que acabamos de describir en las que puede producirse exclusión en un mercado, la mayoría de las variables estratégicas —por ejemplo, fijación activa de precios, diseño y vinculación de productos, acuerdos de exclusividad, fijación de la capacidad o publicidad— que pueden apoyar a un propósito excluyente pueden adoptarse también cuando la exclusión no está en el orden del día e impera una rivalidad oligopolística “normal”. De ahí que los argumentos favorables a la competencia y la eficiencia puedan ser potencialmente relevantes en cualquier situación en la que se den dichas prácticas. Por ejemplo, una reducción de precios es una reacción normal a la entrada de un competidor y puede formar parte de una estrategia depredadora.

Por lo tanto, tenemos que identificar cuidadosamente la historia exacta que se considera que resume la supuesta conducta abusiva y compararla con las posibles explicaciones alternativas, si es que las hay, que se derivan de una práctica oligopolística no abusiva. Este ejercicio identifica los elementos relevantes y los hechos que permiten distinguir entre las explicaciones legítimas y las anticompetitivas dada una situación concreta.

Para ilustrar este enfoque, volvamos al caso de la predación financiera que hemos visto anteriormente. La teoría de la predación financiera proporciona un marco claro para el análisis antimonopolista. Con el fin de comprobar si una explicación así puede ser pertinente, tenemos que considerar las siguientes condiciones: i) ¿Depende el competidor de financiación externa? ii) ¿Dependen sus condiciones de financiación de sus resultados económicos? iii) ¿La conducta agresiva de la empresa establecida reduce la capacidad del competidor para obtener financiación externa? iv) ¿La reducción en los flujos de caja de la empresa establecida, derivada por ejemplo de una guerra de precios, le limita el acceso a financiación externa? v) ¿Es capaz la empresa establecida de recuperar los menores beneficios obtenidos una vez lograda la exclusión?

Las primeras dos condiciones requieren un análisis de los contratos financieros del competidor; la condición iii) no implica necesariamente que la empresa establecida esté fijando los precios por debajo de sus costes marginales a corto plazo, como haría en otros casos de predación,

ya que incluso un competidor eficiente podría tener problemas con sus obligaciones financieras cuando los ingresos no cubren todos los costes. Por último, la condición iv) puede verificarse si se examinan las posibilidades de financiación interna mediante otras líneas de negocio o el impacto de las pérdidas localizadas del operador establecido sobre el volumen de crédito recibido, mientras que el punto v) puede evaluarse si se consideran las perspectivas de futuras entradas al mercado.

Resumiendo, la exclusión dentro del mismo mercado sigue un patrón común: un sacrificio a corto plazo de los beneficios y una recuperación a largo plazo de las pérdidas; este modelo aparece, por ejemplo, en los escenarios predatorios descritos arriba, concretamente reputación, interferencias o *signal jamming* y predación financiera. En cada caso, la exclusión puede lograrse a través de un conjunto amplio de herramientas y prácticas estratégicas, que, sin embargo, también pueden formar parte de la competencia normal. Por lo tanto, con el fin de distinguir una conducta abusiva de otra competitiva tenemos que identificar cuidadosamente el perjuicio para la competencia y las restricciones de los hechos que necesitan demostrarse para corroborarla.

B) La exclusión en mercados adyacentes

Las acciones de las empresas dominantes también pueden generar efectos anticompetitivos en lo que se conoce como mercados relacionados o adyacentes. Un mercado adyacente es un mercado relacionado horizontalmente con el mercado doméstico¹², en el sentido de que las condiciones competitivas de un mercado dependen de las condiciones competitivas en el otro y los productos se venden directamente a los consumidores.

El vínculo entre los dos mercados puede establecerse mediante diversas prácticas. Se puede recurrir al empaquetamiento puro, al empaquetamiento mixto (descuentos condicionales), a las ventas vinculadas, a la obligación de compra de toda la línea, a políticas de descuentos, al acceso a “interfaces”, a la integración técnica, a las normas relativas a la propiedad de patentes y a la elección de compatibilidades. Ejemplos de estas prácticas son el empaquetamiento e integración técnica del sistema operativo de Windows y el navegador de Microsoft; la venta de pistolas de clavos vinculada a la venta de cartuchos explosivos por parte de Hilti; o el viejo caso de IBM Transamérica sobre el rediseño y la incompati-

¹² Esta característica distingue a estos mercados de los mercados relacionados verticalmente [véase P. REY y J. TIROLE (2003), «A Primer on Foreclosure», de próxima aparición en *Handbook of Industrial Organization*, vol. 3, en M. ARMSTRONG y R. PORTER (eds.), Elsevier, Amsterdam].

bilidad de la unidad central de procesamiento de IBM con los sistemas periféricos de unidades de cinta que no eran de dicha empresa. Estas estrategias comerciales a menudo generan beneficios para los consumidores, pero también pueden tener efectos anticompetitivos si la empresa dominante distorsiona la competencia en el mercado adyacente a su propio mercado doméstico, con el fin de excluir o controlar a los rivales o influir en las condiciones de entrada en ese mercado.

La condición clave necesaria para que estas acciones causen un perjuicio competitivo es que el enlace entre mercados debe situar a algunos rivales en una situación de desventaja competitiva, de manera que no puedan competir eficazmente en el mercado adyacente o que desistan de competir en el mercado doméstico.

A corto plazo, algunos consumidores pueden resultar beneficiados, mientras que otros pueden verse perjudicados. Este caso se da, por ejemplo, cuando este enlace se establece mediante el empaquetamiento o venta conjunta de productos, ya que el diseño del paquete favorecerá a algunos consumidores con determinadas preferencias y perjudicará a otros. Algo similar ocurre si el enlace entre mercados se realiza a través de la integración técnica o de las decisiones sobre compatibilidad. A más largo plazo, si este enlace perjudica al proceso competitivo, todos los consumidores pueden verse perjudicados debido a la salida (o a la no-entrada) de algunos rivales. Estas prácticas comerciales serán menos preocupantes cuando varias compañías suministren paquetes de bienes complementarios, ya que en este caso los precios suelen ser más bajos porque las empresas tienen en cuenta que un precio menor en uno de los productos aumenta la demanda de su complementario.

Además de haber sido objeto de explicaciones basadas en la eficiencia potencial, el argumento tradicional del traslado del poder que se tiene en un mercado a otro (*leverage argument*), también ha sido objeto de la crítica de Chicago. Según este punto de vista, la empresa dominante disfruta de una posición de poder sólo en el mercado doméstico, aun cuando haya dos mercados y, por lo tanto, dos fuentes de las que se puedan obtener beneficios. La empresa no tendrá el más mínimo interés en reducir la competencia en el mercado adyacente y obtendrá todos sus beneficios del mercado doméstico. A modo de ejemplo sencillo pensemos en el caso de dos productos complementarios. Imaginemos una empresa que tiene una posición dominante en el mercado del producto A y se plantea el traslado de su poder al mercado del producto complementario B, que para mayor simplicidad supondremos que no tiene ningún valor para el consumidor si no es consumido junto con A. A, por su parte, tiene un valor autónomo. En estas condiciones, la empresa dominante estará interesada en que B sea suministrado por terceras empresas y al menor coste posible, ya que

esto impulsará la demanda de A. Así, aprovechando la ventaja que supone su situación de dominio en el mercado doméstico, la empresa podrá aumentar el precio de A y beneficiarse de la mayor predisposición a pagar por parte de los consumidores. En estas condiciones, la empresa dominante no tendrá ningún interés en reducir la competencia en el mercado adyacente, ya que cualquier incremento de beneficios en el mercado B no sería suficiente para compensar las pérdidas en el mercado A.

La crítica de Chicago ha dado lugar al desarrollo de nuevas teorías económicas que proporcionan una base analítica sólida de la existencia de traslados estratégicos del poder en un mercado a los mercados adyacentes por parte de las empresas dominantes.

La primera línea argumental se centra en aquellos casos en los que los productos de los dos mercados son independientes. En este supuesto, la venta conjunta de bienes independientes puede formar parte de un compromiso estratégico que intenta impedir la entrada¹³. Al comprometerse de manera creíble a vender los productos sólo como un paquete, la empresa dominante se compromete a una política de precios muy agresiva si alguien entra en el mercado, cosa que desanima a que se produzcan nuevas entradas. La fijación agresiva de los precios se debe al hecho de que, cuando la empresa dominante tiene que hacer frente a la competencia en el mercado adyacente, pierde ventas, tanto en su mercado doméstico como en el adyacente. La teoría del compromiso se basa en la idea de que competir en paquetes de productos conlleva la fijación de unos precios más bajos, lo que hace menos atractiva la entrada en el mercado¹⁴. Sin embargo, este tipo de compromiso a través del empaquetamiento no se logra fácilmente.

El empaquetamiento y otras prácticas similares que vinculan o integran técnicamente productos relacionados también pueden usarse como herramienta para lograr una ventaja competitiva que tenga efectos negativos sobre los competidores, cuando los productos son en principio sustitutivos, pero, a pesar de ello, existen beneficios provenientes del lado de la demanda si se suministran de manera conjunta. Una empresa dominante puede vender un producto agrupado con otros de mercados adyacentes, sacando provecho de estos efectos que vienen del lado de la demanda que (1990), consecuentemente no estarán al alcance de los competidores o de las empresas entrantes¹⁵.

¹³ Véase M. D. WHINSTON (1990), «Tying, Foreclosure and Exclusion», *American Economic Review*, 80, 837-59.

¹⁴ Véase C. MATUTES y P. REGIBEAU (1988), «Mix and Match: Product Compatibility Without Network Externalities», *Rand Journal of Economics*, 19, 219-234.

¹⁵ Véase B. NALEBUFF (2003), «Bundling, Tying and Portfolio Effects. Part 1. Conceptual issues», *DTI Economics Paper*, núm. 1, febrero.

Un tercer grupo de argumentos se ocupa de los mercados en los que los productos son complementarios, pero no se aplica la crítica de Chicago debido a que la dinámica del mercado la genera el coste o el lado de la oferta. Pensemos, por ejemplo, en un mercado en el que las empresas compiten a través de la inversión previa en I+D y, por lo tanto, la entrada es arriesgada. Una empresa potencialmente entrante podrá acceder al mercado si tiene éxito innovando y obtiene una tecnología que sea superior. Por su parte, la empresa establecida podría ser capaz de reducir la rentabilidad esperada en cualquiera de los dos mercados vinculando de manera irreversible los dos productos, ya que en ese caso para entrar con éxito a la empresa entrante le sería necesario hacerlo en los dos mercados simultáneamente. Por ello, la venta vinculada de los dos productos hace que las perspectivas de inversión sean más inciertas, reduciendo los incentivos de las empresas entrantes para invertir e innovar¹⁶. Consideremos también una situación en la que los productos están relacionados por el lado de los costes, por ejemplo porque el productor puede beneficiarse de economías de escala y de alcance¹⁷. En este caso, al vender conjuntamente los dos productos, la empresa establecida podría impedir a las empresas entrantes el acceso a una gran parte del mercado y por lo tanto la posibilidad de alcanzar la escala mínima eficiente. Una condición esencial para que se produzca este resultado es que sea más fácil (o más rápido) entrar en el mercado adyacente que en el doméstico. La entrada en el mercado adyacente es sólo un paso intermedio para competir en el mercado doméstico complementario. Al imposibilitar la entrada al mercado adyacente, lo que la empresa establecida intenta es impedir la entrada en su mercado doméstico.

En resumen, el análisis económico moderno del traslado estratégico de una posición de dominio a los mercados adyacentes ha demostrado que, más allá de la crítica de la Escuela de Chicago, pueden existir razones sólidas de optimización de beneficios por las que las empresas dominantes intentan extender su poder de mercado más allá de su propio mercado doméstico. Y lo que es más importante, el análisis económico proporciona a los responsables de la política de defensa de la competencia un mapa bastante detallado de las circunstancias concretas que tienen que darse (como, por ejemplo, la relación entre los productos, los costes de entrada o la irreversibilidad del agrupamiento en paquetes) para que estas prácticas de traslado de poder de un mercado a otro se consideren perjudiciales para el proceso competitivo.

¹⁶ Véase J. P. CHOI y C. STEFANADIS (2001), «Tying, Investment and the Dynamic Leverage Theory», *Rand Journal of Economics*, 32, 52-71.

¹⁷ Véase CARLTON y WALDMAN (2002), *op. cit.*

C) La exclusión en mercados relacionados verticalmente

El último tipo de perjuicio competitivo que vamos a analizar es la exclusión de un competidor de un mercado que está relacionado verticalmente con el mercado en el que la empresa establecida tiene una posición dominante. Las características comunes son las siguientes: i) la empresa dominante controla un “cuello de botella”, esto es, un insumo del proceso de producción que es necesario para que las empresas situadas en una fase anterior o posterior de dicho proceso puedan llevar a cabo su actividad. ii) la empresa dominante cierra estos mercados relacionados verticalmente al denegar o limitar el acceso a su cuello de botella a uno o más competidores. Por ejemplo, el propietario de una infraestructura, como una vía férrea o unas instalaciones portuarias, puede denegar el acceso a esta infraestructura a los operadores que prestan servicios de transporte ferroviario, impidiéndoles de este modo que presten sus servicios de manera efectiva. Esta negación de acceso puede ser total, por ejemplo en el caso de una negativa a tener relaciones comerciales, o parcial, cuando el propietario del cuello de botella favorece a algunas empresas (por ejemplo, a sus filiales) en detrimento de otras. Esta posibilidad de cierre es especialmente importante en sectores que han sido liberalizados separando verticalmente la infraestructura, que tiene las características de un monopolio natural, de la fabricación de bienes o la prestación de servicios que usan dicha infraestructura. Las ganancias previstas de esta liberalización, en cuanto a mejoras en la gestión, reducción de costes y precios, mayor grado de innovación, etc., podrían estar en peligro si no se puede acceder de manera apropiada a la infraestructura. Esto puede requerir una regulación detallada y continua de las condiciones de acceso, que se sale del ámbito del presente informe. De todos modos, en otras circunstancias, este mismo asunto puede surgir en sectores no regulados.

El cierre de mercados puede conseguirse de distintas maneras. El propietario del cuello de botella puede, por ejemplo, integrar verticalmente el mercado al que se dirige y negarse a tener relaciones comerciales con los posibles competidores; los sistemas de reserva informática de las compañías aéreas plantean, por ejemplo, cuestiones de este tipo. El operador que cierra el mercado puede hacer que el bien que constituye el cuello de botella sea incompatible con los productos o las tecnologías de los competidores, o vincular los bienes y negarse a desagruparlos. En presencia de economías de alcance o de escala que requieran la cooperación entre empresas de un mismo mercado, un grupo de empresas dominante puede dejar en desventaja a sus competidores si se niega a cooperar. Si no hay integración, el propietario del cuello de botella puede dar la exclusividad a un subgrupo de empresas, excluyendo

de facto a sus rivales. Otra posibilidad es favorecer más a unos competidores que a otros; se puede discriminar de manera explícita, por ejemplo, a través de descuentos personalizados, o de manera implícita, mediante programas de fidelidad o rebajas basadas en el crecimiento, que formalmente están disponibles para todos, pero que se ajustan a las necesidades de clientes específicos. Del mismo modo, importantes descuentos por cantidad pueden hacer que sólo sobrevivan unos pocos clientes; por ejemplo, una cuota fija suficientemente alta puede convertir una industria integrada verticalmente hacia abajo que potencialmente sería competitiva en un monopolio natural. Estas consideraciones (junto con otras) tuvieron un papel importante en el proceso de promulgación en los Estados Unidos, en 1936, de la Ley Robinson-Patman.

La cuestión que tradicionalmente se plantea con el cierre de mercados es que el propietario del cuello de botella puede trasladar su poder de mercado a los mercados relacionados. Sin embargo, tal como señala la crítica de la Escuela de Chicago, sólo hay un único mercado final y, por lo tanto, sólo hay un beneficio que obtener. Y dado que la empresa dominante puede conseguir este beneficio ejerciendo su poder de mercado sólo en el cuello de botella, no tiene ningún incentivo para distorsionar la competencia en los otros mercados. Por el contrario, una competencia imperfecta en el mercado descendente podría en realidad generar distorsiones y reducir la rentabilidad del cuello de botella, por ejemplo, haciendo que disminuyera la variedad o calidad de los bienes y servicios producidos.

Si bien la crítica de la Escuela de Chicago es correcta, es posible que en determinadas circunstancias surjan efectos anticompetitivos¹⁸. Por ejemplo, tal como ya hemos mencionado en el caso de los mercados adyacentes, el propietario del cuello de botella podría impedir la competencia en un mercado relacionado verticalmente para proteger su mercado doméstico¹⁹. Otra posibilidad es que el propietario del cuello de botella tenga problemas para comprometerse, lo que hace que sea difícil ejercer su poder monopolístico sin incurrir en prácticas excluyentes. De hecho, una vez que ha vendido el acceso a un primer competidor, tiene un gran incentivo a proporcionar también acceso a otros competidores, aun cuando estas empresas compitan con la primera y reduzcan sus beneficios. Esta conducta oportunista reduce *ex ante* el beneficio del propietario del cuello de botella (en el ejemplo que acabamos de dar, la primera empresa está dispuesta a pagar y comprar menos). De manera más general, al propietario del cuello de botella le gustaría comprometerse a vender un determinado volumen de acceso con el fin de limitar

¹⁸ Véase REY y TIROLE (2003), *op. cit.*, para una perspectiva general.

¹⁹ Véase CARLTON y WALDMAN (2002), *op. cit.*

la competencia y la desaparición de beneficios; sin embargo, cuando trate bilateralmente con cada competidor puede verse tentado a conceder mayor acceso; a resultados de ello, la competencia de los mercados relacionados se “filtra” hasta el mercado del cuello de botella y hace que se esfume el beneficio de la empresa dominante. Cuando este problema de compromiso es grave y no puede resolverse mediante disposiciones contractuales adecuadas, el propietario del cuello de botella podría querer restringir o eliminar la competencia en esos mercados relacionados a través de los tipos de prácticas arriba mencionados²⁰. Por ejemplo, negándose a tener relaciones comerciales con todas las empresas situadas hacia abajo en el proceso productivo salvo con una, o formalizando un acuerdo de exclusividad con esa empresa concreta, el propietario del cuello de botella elimina la competencia descendente y, con ello, aumenta su capacidad para explotar su poder de mercado. Sorprendentemente, la prohibición de la discriminación también ayudaría al propietario del cuello de botella a resistirse a las demandas de realizar recortes selectivos de precios y por lo tanto contribuiría a mantenerlos altos. La integración vertical también constituye una solución alternativa para el problema de compromiso de la empresa abastecedora.

En tales situaciones, la intervención de las autoridades de la competencia puede generar más competencia en los mercados relacionados y con ello en todo el sector en su conjunto. De todas maneras, si bien esta intervención beneficia a los consumidores, por ejemplo a corto plazo debido a unos precios más bajos, o a largo plazo gracias a un mayor grado de innovación en los mercados relacionados, también regula la tasa de rentabilidad del propietario del cuello de botella. Por lo tanto, a largo plazo podría tener un impacto negativo en los incentivos de la empresa dominante para invertir o innovar que impediría, por ejemplo, el desarrollo de una infraestructura fundamental. Ningún posible futuro propietario de una licencia querría pagar mucho por una nueva tecnología si supiera que el cedente de la licencia iba a “inundar el mercado” con licencias similares; permitir el acceso mediante licencias adicionales reduciría, por tanto, la rentabilidad del innovador y con ello sus incentivos para invertir en I+D.

Resumiendo, el análisis económico moderno ha ido más allá de la crítica de la Escuela de Chicago y ha identificado varias razones por las que una empresa puede usar su posición dominante en un mercado para distorsionar la competencia en los mercados relacionados verticalmente. Además, para este propósito pueden utilizarse varios tipos de prácticas alternativas —por ejemplo, la negativa a tener relaciones comerciales,

²⁰ Véase O. HART y J. TIROLE (1990), «Vertical Integration and Market Foreclosure», *Brookings Papers on Economic Activity (Microeconomics)*, 205-285.

los acuerdos de exclusividad, la fijación de precios de acceso prohibitivamente altos para las empresas situadas hacia abajo en el proceso productivo, etc.—. Por ello, al enfrentarse al cierre vertical de un mercado, habría que tratar estas distintas prácticas de manera consistente. El enfoque económico también pone de relieve la relación entre la intervención posterior y los incentivos previos a la inversión. Por lo tanto, puede ayudar a las autoridades de la competencia a identificar las circunstancias concretas que exigen una intervención.

3. CONSECUENCIAS DE LAS PRÁCTICAS

En la sección anterior hemos resaltado el enfoque económico de los distintos tipos de perjuicio competitivo. Ahora vamos a analizar cómo este enfoque puede aplicarse a los casos del art. 82. En la exposición anterior ya hemos destacado que distintas prácticas pueden a menudo servir para lograr el mismo propósito anticompetitivo. A la inversa, cuando surge una queja o cuando la autoridad de defensa de la competencia sospecha que existe un abuso de posición de dominio, desde una perspectiva económica la primera cuestión es: ¿cuál es en este caso la naturaleza del perjuicio para la competencia? Si usamos este enfoque obtendremos varios beneficios.

El primero es que permite identificar claramente la “caja de instrumentos económicos” para desarrollar argumentos pertinentes. Por ejemplo, el tipo de razonamiento para los mercados adyacentes es bastante diferente a los que pueden resultar apropiados cuando la exclusión surge en el mercado básico de la empresa dominante. El segundo se refiere a que, si bien la imaginación creativa en las relaciones comerciales puede llevar a un número infinito de prácticas distintas, no existen tantos tipos de perjuicio competitivo y para cada uno de ellos la caja de instrumentos establecida de argumentos económicos consistentes y adecuados es relativamente limitada. Además, cada línea de razonamiento resume los hechos fundamentales que hay que comprobar. Por lo tanto, la identificación de la naturaleza del perjuicio competitivo en juego puede facilitar y acelerar el proceso de investigación y contribuir a mantener un alto nivel de predictibilidad. El tercer beneficio es que, tal como ya hemos apuntado, este enfoque garantiza un tratamiento coherente de las distintas prácticas que podrían servir para lograr el mismo propósito anticompetitivo.

Una vez que se ha identificado un perjuicio para la competencia y se han determinado los hechos relevantes, el siguiente paso debería consistir en ver si hay efectos favorables a la competencia que podrían compensarlos. Una vez más, el enfoque económico primero identifica la natu-

raleza del beneficio para la competencia y los hechos que hay que verificar. Sólo después de haber dado estos pasos puede realizarse el balance adecuado.

En esta sección ilustramos este enfoque aplicándolo a varias prácticas. Empezamos con un análisis general sobre la discriminación de precios, que es relevante para muchas otras prácticas: los descuentos, por ejemplo, suelen conllevar algún tipo de discriminación, mientras que los contratos de exclusividad pueden interpretarse como un caso extremo de discriminación; del mismo modo, la venta vinculada y la fijación de precios predatorios también suelen suponer alguna forma de discriminación. Si bien la discriminación de precios puede formar parte de una estrategia excluyente, también puede aportar beneficios, sobre todo cuando existen elevados costes fijos. En un caso concreto de discriminación de precios es, por lo tanto, importante identificar una vez más la naturaleza exacta del posible perjuicio para la competencia, así como su posible efecto favorable a la misma en el contexto del caso.

A continuación veremos varios tipos clásicos de prácticas: rebajas, ventas vinculadas, negativa a mantener relaciones comerciales (*refusals to deal*), acuerdos de exclusividad y fijación de precios predatorios. En cada caso, primero relacionamos la práctica en cuestión con los efectos de exclusión perfilados en la sección 2. Luego, revisamos (algunos de) los posibles beneficios favorables para la competencia de esa práctica; y, por último, ilustramos, usando un ejemplo, cómo podría aplicarse el enfoque basado en los efectos a dicha práctica.

A) Discriminación de precios

La discriminación de precios consiste en aplicar precios distintos a diferentes unidades y/o diferentes clientes²¹ y puede tener varias formas. En concreto, puede ser explícita, como cuando se ofrecen distintos precios a distintos clientes basándose en su edad (por ejemplo, precios reducidos para los niños o para la gente mayor) o en otras características (por ejemplo, tarifas para estudiantes, segmentación geográfica), o puede ser implícita, como cuando se ofrecen formalmente las mismas opciones de menú a todos, pero los distintos clientes escogen *de facto* opciones dis-

²¹ Esta sencilla definición plantea cuestiones difíciles cuando, por ejemplo, los distintos clientes suponen distintos precios. En este caso, la “no discriminación” ¿debería significar un mismo precio para todos? ¿o los diferenciales de costes deberían ser asumidos por los consumidores? Curiosamente, mientras que la legislación sobre la competencia suele insistir en que cualquier diferencia de precios refleja una diferencia de costes, las obligaciones de servicio universal, por ejemplo, tienden, por el contrario, a insistir en la “equidad de tratamiento”, según la cual se debería ofrecer el mismo precio a todos los clientes, a pesar de que puedan existir grandes diferencias de coste.

tintas y, por lo tanto, acaban pagando precios distintos (por ejemplo, los descuentos por volumen permiten a las empresas ofrecer tratos mejores a los grandes clientes).

La política de defensa de la competencia y la jurisdicción han sido tradicionalmente muy estrictas con la discriminación de precios, e incluso en ocasiones la han tratado como una infracción *per se* de la ley. El precio se veía —y se sigue viendo— como una herramienta mediante la cual la empresa dominante aprovecha su poder para obtener más beneficios. La discriminación de precios también se considera injusta porque hace que unos tengan que pagar más que otros por el bien en cuestión. Este último punto en concreto es uno de los que más resuenan en las discusiones públicas sobre la fijación de precios.

El análisis económico hace tiempo que da mucha importancia a los efectos de la explotación de la discriminación de precios que permiten a una empresa dominante obtener más beneficios. Además, también insiste en que la distribución de la producción entre los consumidores tiende a ser ineficiente si éstos pagan precios distintos y, presumiblemente, dan valores distintos a las últimas unidades que compran. Estos argumentos sugieren que cualquier discriminación de precios que reduce (o apenas incrementa) la producción total es necesariamente perjudicial para el bienestar total y más aún para el de los consumidores.

Sin embargo, análisis económicos más recientes también han mostrado que, en determinadas circunstancias, la discriminación de precios puede incrementar el bienestar total, incluso el de los consumidores. En particular, es probable que éste sea el caso cuando la discriminación de precios permite un aumento significativo de la producción²². Esto puede ocurrir, por ejemplo, porque las ofertas adicionales a precios más bajos permiten a la empresa atender segmentos adicionales de clientes. Además, si la empresa tiene inversiones a fondo perdido, el incremento de beneficios gracias a la discriminación de precios puede resultar necesario a la empresa para obtener alguna rentabilidad de dichas inversiones. Esta rentabilidad también puede animar a la empresa a invertir más, lo que genera más efectos favorables para la competencia en un futuro. En todos estos casos, es probable que la discriminación de precios beneficie a los consumidores, a veces incluso a los que pagan precios más altos, ya que, aun cuando están pagando un precio más caro que el resto de consumidores, se benefician del hecho de que la empresa invierta y ponga a su disposición su producción.

²² Para un análisis exhaustivo del bienestar al que se hace referencia en estas líneas, véase por ejemplo H. VARIAN (1989), «Price discrimination», en R. SCHMALENSEE y R. WILLIG (eds.) *Handbook of Industrial Organization*, North-Holland, Amsterdam, 597-654.

Estas consideraciones han hecho que los economistas se muestren escépticos respecto a la utilización de la simple noción de “justicia” e “injusticia” para evaluar la discriminación de precios. En los ejemplos que hemos visto, la prohibición de la discriminación de precios en base a la injusticia que supone para los consumidores que tienen que pagar un precio más alto, puede provocar que estos mismos consumidores acaben en una situación peor.

Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que cualquier valoración de lo justa o injusta que es la discriminación de precios se basa necesariamente en una evaluación *local* de los efectos distributivos. Y no hay ninguna manera de saber si dicha evaluación local concuerda con la preocupación global por la distribución²³. Con la discriminación de precios, a los clientes más sensibles al precio se les ofrecerán unos precios más bajos y, por lo tanto, saldrán beneficiados, mientras que los demás es más probable que se vean perjudicados. Desde una perspectiva global, la evaluación de este efecto distributivo depende, por ejemplo, de si esta mayor preocupación por los precios refleja un mayor nivel educativo o una mayor necesidad de pensárselo muy bien antes de gastar cada euro. En el primer caso, el efecto distributivo favorece a la gente con un mayor nivel educativo, y en el segundo, a la gente más pobre. ¿Es realmente “injusto” un modelo de fijación de precios que favorece a los más pobres? En cualquier caso, estas cuestiones distributivas globales difícilmente pueden ser el objeto de las medidas de defensa de la competencia en un sistema basado en la primacía de la ley. Por lo tanto, parece aconsejable valorar la discriminación de precios fijándose menos en la justicia y más en los efectos favorables y contrarios a la competencia.

Y es que la discriminación de precios también afecta a la manera en que compiten las empresas y tiende a intensificar la competencia entre oligopolistas, lo que aumenta el excedente de los consumidores en detrimento de los beneficios de la industria. Consideremos, por ejemplo, un caso de robo de clientes en el que éstos tengan que hacer frente a unos costes por cambiar de proveedor y las empresas ofrezcan unos precios más bajos a aquellos consumidores situados en los segmentos de clientes de las empresas rivales²⁴. Básicamente, esta discriminación intensi-

²³ Para la distinción entre justicia local y justicia global, véase J. ELSTER (1992), *Local Justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*, New York & Newbury Park, Sage.

²⁴ Para modelos analíticos detallados, véase, por ejemplo, D. FUDENBERG y J. TIROLE (2000), «Customer Poaching and Brand Switching», *Rand Journal of economics*, 31, 634-657, o Y. CHEN (2000), «Paying Customers to Switch», *Journal of Economics and Management Strategy*, 6, 877-897; para una perspectiva más general, véase L. STOLE (2005), «Price Discrimination and Imperfect Competition», de próxima aparición en *Handbook of Industrial Organization*, vol. 3, M. ARMSTRONG y R. PORTER (eds.), Elsevier, Amsterdam.

ficará la competencia, ya que posibilitará que una empresa ataque las bases de clientes de sus rivales, así como nuevos segmentos de clientes, manteniendo al mismo tiempo unos márgenes mayores en su propia base. Sin embargo, como todas las empresas tienen los mismos incentivos estratégicos para aprovechar la discriminación de precios, el sector se enfrentará a una situación de dilema del prisionero y la competencia será más intensa que con unos precios uniformes. De manera más general, la discriminación de precios lleva a una competencia consumidor a consumidor, que es probable que sea más intensa que cuando las empresas están obligadas a ofrecer el mismo precio a todos los clientes. La discriminación de precios anima a la empresa a dirigirse a más consumidores, ya que le permite ofrecerles un trato específico sin poner en peligro los beneficios obtenidos de los consumidores más cautivos. Este razonamiento aboga, en concreto, por permitir que una empresa establecida responda de manera no uniforme a una entrada limitada (estrategias de “encuentro de la competencia”).

Incluso cuando una empresa tiene el suficiente poder de mercado para ser dominante, la posibilidad de aplicar discriminaciones de precios puede muy bien reducir su poder de mercado. Por ejemplo, es posible que la empresa se sienta tentada a hacer concesiones cuando un cliente especialmente bueno insista en obtener un mejor acuerdo, o cuando un cliente que pasa por un mal momento pida un tratamiento específico. Y, por supuesto, la capacidad de llegar a buenos acuerdos en las negociaciones bilaterales constituye uno de los factores que impulsan la competencia, en especial cuando los clientes compiten a la vez entre ellos en un mercado descendente. En tales circunstancias, prohibir la discriminación ayuda en realidad a la empresa dominante a resistirse a las peticiones de precios más bajos y, por lo tanto, a aprovechar su poder de mercado. Y no sólo eso, si se obliga a cualquier empresa dominante a ofrecer acuerdos similares a todos los consumidores equivalentes, se le impedirá que ofrezca descuentos a clientes específicos, resultado de las negociaciones individuales que tenga con cada uno. Pero entonces será más reacia a hacer concesiones a un cliente en particular si las mismas deben generalizarse al resto de clientes. Por lo tanto, la exigencia de la no discriminación de precios es un mecanismo muy efectivo para aumentar el poder de mercado de una empresa dominante, en relación con una situación en la que estuviese permitida la discriminación de precios en forma de negociación con un consumidor específico ²⁵.

²⁵ Aquí el impacto de una exigencia de no discriminación es similar al efecto de las cláusulas del “consumidor más favorecido” que permiten que una empresa se comprometa a mantener los precios altos.

En muchas aplicaciones importantes no basta con evaluar los efectos sobre el bienestar generados por la discriminación de precios comparando los precios, la producción y el excedente del consumidor de dicha discriminación, con los asociados a la fijación de un precio uniforme en una estructura de mercado determinada. Si se opta por la discriminación de precios, pueden verse afectadas las decisiones de entrada (o salida) y las decisiones de inversión a largo plazo, de un modo que influya de manera significativa en la rentabilidad a largo plazo del sector. Por ejemplo, el recurso a determinados tipos de rebajas justifica un análisis detallado, tal como veremos en el siguiente apartado.

En conjunto, estos argumentos apoyan la idea que la discriminación de precios podría, de hecho, promover la eficiencia y beneficiar a los consumidores, incluso en los casos en los que las empresas tengan un poder de mercado considerable. No obstante, la discriminación de precios puede servir también para lograr propósitos anticompetitivos. En concreto, puede relacionarse con cualquiera de los efectos de exclusión destacados en la sección anterior. Los recortes selectivos de precios pueden, por ejemplo, reducir el coste de las estrategias de fijación de precios predatorios destinados a impedir la entrada al mercado doméstico de la empresa dominante o a mercados adyacentes (en este último caso, el empaquetamiento mixto también conlleva algún tipo de discriminación); además, la discriminación de precios de acceso puede ser un elemento central de los casos de cierre vertical de mercados. Sin embargo, lo que causa el perjuicio para la competencia es el efecto excluyente y no la discriminación en sí. Es por ello que, una vez más, se hace necesario un enfoque basado en los efectos que identifique primero el tipo de efecto excluyente en cuestión, en vez de un enfoque basado en la forma donde la discriminación de precios es un elemento central de las posibles prácticas comerciales.

B) Descuentos

Los descuentos pueden tener la forma de puros descuentos por volumen: la empresa los ofrece cuando la cantidad adquirida por el cliente supera un determinado umbral. En estos casos, el descuento puede aplicarse a las cantidades adicionales (es decir, sólo a aquellas que superen el umbral) o a todas las unidades adquiridas por el cliente en cuanto éste alcance dicho umbral. En el primer supuesto, la estructura del descuento provoca una rebaja progresiva, y en cualquier caso tendremos una fijación de precios no lineal (posiblemente discontinua). Por el contrario, cuando el descuento afecta a todas las cantidades adquiridas por el cliente, éste consiste en un cambio de precio que se aplica una vez alcanzado

un determinado nivel. Los descuentos también pueden ofrecerse a los clientes por un *crecimiento* del volumen de compras superior a un determinado umbral. Por otra parte, los descuentos aplicados a un producto concreto también pueden tener la forma de una oferta más ventajosa para aquellos clientes que adquieran otro producto junto con el inicial. En este caso, los descuentos conllevan un empaquetamiento mixto [véanse las secciones 2.B) y 3.C)]. Por último, también pueden ofrecerse descuentos por fidelidad: por ejemplo, si se aplican con la condición de que el cliente adquiera todos los productos de la empresa o al menos un porcentaje determinado de los mismos. En la mayoría de los casos, los descuentos implican algún tipo de discriminación entre los clientes. Y en esta medida, una parte del análisis que acabamos de ver en el apartado A) (de esta sección) tiene plena validez.

a) *Posibles efectos anticompetitivos*

Hablando en términos generales, una consecuencia de esta práctica es que la competencia funciona en base a los consumidores, en vez de en base a la “venta de unidades”, lo que dependiendo de las circunstancias puede ser contrario o favorable a la competencia.

Los efectos anticompetitivos de los descuentos pueden ser de cualquiera de los tipos descritos en la sección 2:

- Los descuentos pueden excluir del mercado en el que la empresa tiene una posición dominante a competidores existentes o potenciales. Es el caso, por ejemplo, de los descuentos selectivos ofrecidos a aquellos clientes de la empresa que se pasarían a comprar a la empresa entrante si no se les ofreciera dicho descuento, o de los descuentos condicionados al porcentaje de bienes comprados por el cliente a la empresa. En la mayoría de estos casos, los descuentos pueden ir asociados a la fijación de precios predatorios para algunas de las unidades vendidas. Además, al igual que los precios predatorios, los descuentos conllevan sacrificios a corto plazo y pueden tener efectos de exclusión tanto al provocar la salida de empresas del mercado como al desanimar nuevas entradas en el mismo.

- También pueden suponer un cierre horizontal del mercado: es el caso, por ejemplo, si el descuento se ofrece a un cliente que compra el producto de la empresa dominante en un mercado adyacente, junto con el producto del mercado principal. En este ejemplo, los descuentos también vinculan los productos de dos mercados distintos.

- Por último, los descuentos pueden provocar el cierre vertical del mercado. Este es el caso cuando, por ejemplo, un productor ofrece un

descuento a sus distribuidores minoristas para que no vendan los productos de sus competidores. Podría existir una cláusula de exclusividad que vincule a la empresa y a los distribuidores, con lo que los competidores no podrían acceder a la red de distribución para vender sus productos. Por supuesto, este mecanismo puede aparecer en cualquier mercado relacionado verticalmente en el que una de las etapas sea un servicio esencial. En estos “casos de servicio esencial”, los descuentos pueden eliminar la competencia en sentido descendente o ascendente, con el fin de aprovechar mejor el poder de la empresa en los mercados hacia arriba o hacia abajo del proceso productivo.

b) *Efectos favorables a la competencia y consideraciones sobre la eficiencia*

La eficiencia puede ser una causa o una consecuencia de los descuentos. Una manera general de valorar si predominan los efectos favorables a la competencia sobre los efectos contrarios, consiste en comprobar si ha aumentado o no la producción. Los efectos favorables a la competencia de los descuentos podrían aparecer, por ejemplo, en las siguientes circunstancias.

Dado que los descuentos permiten tratar de manera diferente a los consumidores con mucha o poca elasticidad, los segmentos de demanda elástica tienden a generar márgenes menores. Los consumidores con una demanda muy elástica se benefician de los descuentos, mientras los clientes con una demanda poco elástica se ven perjudicados. Por lo tanto, el efecto global sobre el bienestar del consumidor es *a priori* ambiguo. Sin embargo, de acuerdo con el espíritu de la fijación de precios de Ramsey, los descuentos pueden permitir también la recuperación de los costes fijos y, por tanto, fomentar las inversiones en I+D que conllevan altos costes fijos. Por consiguiente, es más probable que los descuentos tengan un efecto favorable a la competencia cuando hay costes fijos elevados de por medio.

Los descuentos dirigidos a aquellos consumidores que tienen mayor probabilidad de pasarse a los competidores suponen una competencia más intensa, lo que claramente les beneficia. En cuanto al resto de consumidores, pueden beneficiarse indirectamente de esta mayor presión sobre los precios a los que tienen que hacer frente. Además, la prohibición de los descuentos selectivos como reacción a la presión competitiva puede suponer un exceso de intervencionismo por parte de las autoridades de la competencia en las estrategias competitivas de las empresas.

En una relación vertical concreta, los descuentos que adoptan la forma de una fijación de precios no lineal pueden utilizarse como mecanismo para incentivar un comportamiento eficiente por parte de los distribuidores minoristas. Por ejemplo, los descuentos pueden usarse para incrementar los márgenes minoristas en las cantidades adicionales, con el fin de animarlos a promocionar el producto. Si bien una reducción uniforme del precio al por mayor podría tener el mismo efecto en los incentivos de los distribuidores minoristas, resultaría más costosa para el proveedor. Por lo tanto, los descuentos permiten a los proveedores dar incentivos a un menor coste, animándolos a proporcionar más incentivos y a que la competencia sea más intensa. De manera más general, los planes de descuentos pueden mejorar la eficiencia al resolver problemas de selección adversa o de riesgo moral.

Los descuentos también pueden generar mejoras en la eficiencia para la empresa dominante, por ejemplo, economías de escala para dicha empresa o economías de costes de transacción para los clientes (cuando el comprador concentra su compra en un único vendedor).

Estos elementos nos llevan a una intuición general: los descuentos que adoptan la forma de un descuento puro en función de la cantidad es más probable que respondan a cuestiones de eficiencia que los descuentos por fidelidad. Sin embargo, resulta difícil demostrar que son las consideraciones relativas a la eficiencia las que motivan el programa de descuentos. Concretamente, la mera presencia del descuento podría no constituir un indicativo claro; por ejemplo, las cuestiones de eficiencia pueden requerir programas personalizados de descuentos diseñados a “medida” para el minorista, adoptando la simple forma de descuentos por fidelidad de “cuota de mercado” (*market-share fidelity rebates*).

c) *Implementación: un ejemplo*

Para resolver un supuesto caso de descuentos con efectos anticompetitivos, la autoridad de defensa de la competencia debería seguir el análisis que se deriva de las consideraciones anteriores; por ejemplo, primero debería identificar el tipo de estrategia de exclusión en juego y buscar los posibles efectos favorables a la competencia de dicha práctica. Este enfoque es claramente distinto a la prohibición *per se*, ya que, a diferencia de ésta, se basa en un marco analítico sólido y en datos relevantes. Ilustramos este enfoque con un ejemplo concreto.

La visión que prevalece en los enfoques contemporáneos sobre los descuentos admite que de hecho los efectos anticompetitivos de esta práctica pueden dominar a los favorables y que en algunos casos los des-

cuentos deberían estar prohibidos. Por ejemplo, un proveedor podría recurrir a los descuentos para penalizar a las empresas que entren en el mercado, ya que un cliente cambiará de proveedor sólo si éste ofrece un precio más bajo que el que aplica el proveedor establecido menos el descuento²⁶. Por lo tanto, el descuento equivale a una penalización pagada por el nuevo entrante; es como una cuota de entrada, diseñada para extraer una parte de las ganancias en eficiencia de las empresas entrantes y por ese motivo crea un obstáculo a la entrada. Por lo tanto, la cláusula de descuento impone un efecto externo a los potenciales entrantes y es esta externalidad la que hace que resulte beneficioso tanto para el proveedor establecido como para el cliente llegar a este tipo de acuerdos. Obsérvese que la empresa entrante sólo accederá al mercado si sus costes son tan bajos que la entrada sigue siendo rentable a pesar de la cuota de entrada generada por el descuento. Los consumidores salen perjudicados porque de este modo se reduce la probabilidad de entrada y los precios aumentan²⁷.

En un caso así, la autoridad de defensa de la competencia debería empezar por plantear las siguientes preguntas:

- ¿Cuál es exactamente la externalidad negativa impuesta a un tercero que explica por qué el comprador está de acuerdo en aceptar un contrato exclusivo con efectos anticompetitivos? Si la autoridad de defensa de la competencia no es capaz de identificar dicho efecto externo, entonces no hay efecto anticompetitivo y el caso debería desestimarse.
- ¿Cuál es la magnitud de la penalización impuesta a la empresa entrante? Esta cuestión se puede resolver de manera aproximada si se calcula la reducción de precio que la empresa entrante debería ofrecer para poder entrar en el mercado en varios niveles de cantidad.
- ¿Se ha impedido la entrada al mercado de empresas eficientes debido a la penalización que se les ha impuesto?
- Los efectos sobre la eficiencia deben evaluarse cuidadosamente. Entre los factores fundamentales está la capacidad de las empresas situadas hacia abajo en el proceso productivo para repercutir una reducción en los precios de sus insumos y los incentivos que se dan a estas empresas descendentes para que se esfuercen.

²⁶ Naturalmente, la concesión de un descuento por fidelidad de 10 sobre un precio de 100 también podría presentarse como una "penalización por incumplimiento" de ese mismo importe, basándose en un precio de referencia de 90; en ambos casos, para atraer al consumidor, un nuevo proveedor tendrá que compensarle por la pérdida de esta rebaja, con lo que esta condición será como un "impuesto" que se aplica al nuevo proveedor.

²⁷ Cfr. AGHION y BOLTON (1987), *op. cit.*. Este modelo, concebido para tratar los acuerdos de exclusividad, se adapta a la perfección al análisis de los descuentos. Esto nos demuestra una vez más que las distintas prácticas pueden tener un mismo efecto contrario a la competencia.

C) Ventas vinculadas y empaquetamiento

a) *Las ventas vinculadas y el empaquetamiento pueden adoptar diversas formas*

En primer lugar, la venta vinculada consiste en condicionar la adquisición de un bien (el bien vinculante) a la compra de otro (el bien vinculado), mientras que el empaquetamiento se refiere a la venta conjunta de dos productos. El empaquetamiento puede ser puro (los bienes sólo se venden de manera conjunta) o mixto (también están disponibles por separado). Por lo tanto, en el caso de las ventas vinculadas, el producto vinculado puede comprarse solo, mientras que en el caso del empaquetamiento puro esto es imposible. Las ventas vinculadas y el empaquetamiento pueden lograrse mediante uniones tecnológicas de los bienes o a través de una práctica comercial. Tanto las ventas vinculadas como el empaquetamiento pueden referirse a bienes complementarios, sustitutivos o independientes. En este último caso, el único vínculo entre los mercados es el hecho de que ambos bienes son adquiridos por los mismos consumidores. A efectos expositivos nos centraremos en el empaquetamiento puro, pero el análisis también es aplicable al empaquetamiento mixto aunque los posibles efectos anticompetitivos tienden a ser menos graves en este caso. Además, el empaquetamiento mixto tiene otra ventaja, ya que permite ofrecer diversas fórmulas de precios adaptadas a las necesidades de los diferentes clientes. Así, los consumidores que sólo quieren uno de los bienes pueden seguir comprándolo, mientras que los que desean comprar los dos tienen que pagar un precio menor por el paquete. Por lo tanto, al igual que en el análisis anterior sobre discriminación de precios, el empaquetamiento mixto puede provocar un mayor consumo por parte de algunos consumidores.

El problema está en identificar los casos en los que las ventas vinculadas representan una práctica anticompetitiva, es decir, que resultan rentables para la empresa que las aplica, aunque provocando la exclusión y perjudicando a los consumidores²⁸. Estos casos son relativamente escasos, lo que no favorece una prohibición *per se*.

b) *Las ventas vinculadas y el empaquetamiento pueden generar varios efectos anticompetitivos*

- El empaquetamiento puede servir para lograr propósitos excluyentes en el mercado vinculado²⁹. Este es el efecto que se suele espe-

²⁸ La sección 2 recuerda los argumentos de la Escuela de Chicago respecto a las ventas vinculadas y el empaquetamiento.

²⁹ Se trata también del habitual “efecto de traslado de poder de un mercado a otro” tan temido en las fusiones en las que participan empresas activas en mercados adyacentes.

rar del empaquetamiento: como el consumidor compra tanto el bien A como el B a la empresa dominante, ya sea forzosamente (en el caso del empaquetamiento puro) o porque le resulta ventajoso (en caso de empaquetamiento mixto), un competidor en el mercado B no puede vender de manera rentable el producto, ni siquiera si es de mejor calidad o si lo produce a un coste menor. Este efecto es análogo a la fijación de precios predatorios. El empaquetamiento también puede ir asociado a descuentos por fidelidad que vinculan los productos A y B.

- El empaquetamiento puede utilizarse para proteger el mercado doméstico de la empresa dominante. Es el caso, por ejemplo, a una empresa competidora le es más fácil entrar en el mercado A, si ya está activo en el mercado B con un bien complementario. En ese supuesto, con el fin de impedir la entrada de su competidor del mercado B en el mercado doméstico A, la empresa podría recurrir a la venta de paquetes de sus propios productos, eliminando así a su competidor en el mercado B y haciendo que la entrada en el mercado A no le resulte rentable.

En este último caso, el empaquetamiento obliga a competir en paquetes de productos en vez de con bienes concretos. Esta forma de competencia no tiene por qué ser mala, ya que puede muy bien ser más intensa (véase más abajo), aunque puede obligar al rival a entrar en varios mercados al mismo tiempo, provocando que la entrada sea más costosa y/o arriesgada.

c) Efectos favorables a la competencia de las ventas vinculadas y el empaquetamiento

Por supuesto, el análisis del efecto global sobre los consumidores debe tener en cuenta que las estrategias de la empresa dominante que vinculan los dos mercados pueden ser también el resultado no de un intento de excluir a los competidores, sino de un intento de mejora de la eficiencia y la calidad de los productos que suministra al mercado.

Al igual que los descuentos, las ventas vinculadas pueden permitir la recuperación de unos costes fijos elevados —incluso cuando los bienes son independientes—. En este caso, los consumidores podrían beneficiarse también del empaquetamiento. Cuando los bienes son complementarios, hay otros argumentos adicionales en juego. El empaquetamiento también reduce los costes de transacción para los consumidores, que en caso de desempaquetamiento obligatorio se verían forzados a comprar todos los componentes por separado. Siguiendo con el caso de los productos complementarios, la vinculación garantiza que los dos componentes de un conjunto de bienes sean compatibles. El empaque-

tamiento también puede incentivar la demanda del bien complementario cuando éste está asociado a un bien vinculado con un precio bajo (incluso precio cero). En el caso de los bienes complementarios usados en proporciones variables, la vinculación también puede servir como dispositivo de medida del bien vinculante: un ejemplo muy conocido es el de las fotocopiadoras que se venden con papel o con servicios posventa. El consumo de este último bien revela la intensidad de las preferencias hacia el primero y esta información permite a la empresa distinguir entre los consumidores, lo que también puede resultar beneficioso para algunos de ellos. Si además se obliga a los clientes a pagar por el uso, esto también permite a la empresa bajar el precio del equipo. Esto puede reducir distorsiones en las decisiones de sustitución (al hacer que los consumidores internalicen el coste del uso y al repartir los márgenes de ganancia tanto en la adquisición como en el uso, en vez de concentrarlos todos sólo en la adquisición). Además, esto puede usarse para convencer de manera creíble a los consumidores para que prueben y se cambien a nuevos tipos de equipos.

Las justificaciones basadas en la eficiencia son especialmente habituales cuando los vínculos se establecen a través de medios tecnológicos (integración técnica, estándares y compatibilidad): los ahorros de costes, las mejoras de la calidad y la resolución de problemas de información son fuentes importantes de ganancias en este sentido. Por ejemplo, cuando la calidad de dos productos complementarios no está clara, el suministro conjunto de los mismos puede paliar el problema de información. Del mismo modo, el empaquetamiento de productos complementarios puede reducir la ineficiencia generada por la doble marginalización: el clásico “argumento de Cournot”, según el cual la integración vertical evita la suma de varios márgenes de beneficio, también es aplicable a dos productos complementarios cualesquiera, no sólo a los relacionados verticalmente.

De hecho, las ventas vinculadas llevan a una competencia “basada en el sistema” en vez de a una “basada en los componentes”, ya que es más fácil internalizar el efecto de un recorte de precio de un componente en las ventas del sistema. Por consiguiente, la competencia basada en el sistema tiende a ser más intensa³⁰.

En resumen, dependiendo de la naturaleza de la competencia, de las estructuras de coste en el mercado vinculado, de la magnitud de los ahorros de costes asociados al empaquetamiento y de la existencia de razo-

³⁰ Cuando no hay vinculación, la bajada del precio de un componente también beneficia a los sistemas mixtos, en los que algunos de los componentes los venden otras empresas; el resultado de ello es que el incentivo para bajar los precios es menor y la competencia es menos intensa; véanse MATUTES y REGIBEAU (1988), *op. cit.*

nes estratégicas, el empaquetamiento puede tener tanto efectos de exclusión como favorables a la competencia y por lo tanto debería analizarse considerando los efectos que provoca. El potencial para obtener mejoras en la eficiencia es más limitado cuando la vinculación de los productos se consigue a través de planes de fijación de precios y de empaquetamiento, en vez de cuando se logra mediante la integración tecnológica. Aun así, al igual que en el caso en el que se utiliza como dispositivo de medida, el empaquetamiento puede aumentar el bienestar.

d) *Un ejemplo*

La visión más simplista del empaquetamiento (puro) es la siguiente: una empresa dominante en el mercado A teme la entrada de un competidor que ya está presente en el mercado B donde la empresa dominante ofrece su propio producto. Los bienes A y B son complementarios. Por ello, la empresa dominante ofrece A y B en paquetes (puros) e impide que los consumidores compren el producto de las empresas competidoras. Esto protege a la empresa dominante de la entrada del competidor en su mercado doméstico. Sin embargo, es en este caso cuando la crítica de Chicago es totalmente aplicable, tal como hemos visto en la sección 2.B): la empresa no tiene ningún interés en reducir la competencia en el mercado B. Como sólo hay un beneficio monopolístico que obtener, lo mejor es permitir que el competidor esté activo en el mercado B y aprovechar el incremento de la demanda que esto supone en el mercado A con el fin de obtener un margen de monopolio con cada unidad del bien A. En una versión más sofisticada de este razonamiento³¹, la entrada en un mercado depende del éxito de entrada en un otro mercado: por ejemplo, un competidor puede entrar en el mercado A sólo si primero puede entrar en el mercado B con un producto mejor o más barato que el de la empresa dominante. En este caso, la estrategia de entrada conlleva un escenario dinámico, en el que primero la empresa dominante hace frente a un competidor más eficiente en el mercado B y más tarde la misma u otra empresa puede entrar en el mercado A. La empresa dominante tiene incentivos para vender en un paquete A y B: de esta manera puede disuadir al primer competidor en el mercado B haciendo entonces la entrada al mercado A menos probable.

Al igual que en otros casos, existe un problema de compromiso: una vez el competidor haya entrado en el mercado, la empresa con una posición dominante podría estar interesada en vender los productos A y B por separado. Sin embargo, el empaquetamiento tecnológico puede usarse

³¹ Véase CARLTON y WALDMAN (2002), *op. cit.*

como medio para comprometerse. Tal como puso recientemente de relieve J. TIROLE, la estrategia de empaquetamiento supone sacrificios en relación con una estrategia en la que la empresa se acomode en la entrada, como en las estrategias de fijación de precios predatorios³².

De nuevo, para seguir un enfoque basado en los efectos sobre esta práctica, es necesario que ante todo la autoridad de defensa de la competencia establezca una historia coherente que muestre el tipo de efectos de exclusión que hay en juego y que verifique los hechos que permitirían una explicación pro-competitiva de dicha práctica. En nuestro caso concreto, la autoridad de defensa de la competencia debería comprobar los puntos siguientes:

- ¿Presenta la situación características dinámicas? (entrada secuencial).
- ¿La existencia de un competidor en el mercado del producto complementario hace que la entrada en el mercado A sea más probable (ya sea por parte del competidor presente en el mercado B, como de una empresa tercera que piense que es rentable la existencia de un mercado competitivo para el bien B)?
- ¿La calidad del bien ofrecido por el rival en el mercado B es mayor que la del bien de la empresa dominante?
- ¿Es creíble la práctica del empaquetamiento? Por ejemplo, ¿se consigue mediante empaquetamiento comercial o tecnológico?

Además, la autoridad de defensa de la competencia debería, sin duda, verificar y asegurarse de que las posibles eficiencias derivadas de la práctica no son el principal factor determinante de la conducta de la empresa. Esto es especialmente importante cuando existen problemas de compatibilidad (véase más arriba).

D) La negativa a mantener relaciones comerciales (*refusal to deal*)

La negativa a mantener relaciones comerciales puede adoptar diversas formas. La empresa dominante puede simplemente negarse a suministrar el bien básico o puede aplicar un precio prohibitivamente alto. También puede hacer que el bien que supone un cuello de botella sea incompatible con los productos ofrecidos por los competidores o vincular el bien básico a otros bienes, de manera que a las empresas competidoras no les resulte atractivo comprar el paquete. O también puede

³² Véase J. TIROLE (2005), «A Primer on Tying», *Competition Policy International*, 1, 1-25.

firmar un contrato de exclusividad con una empresa concreta, excluyendo así a las otras empresas del mercado [véase el apartado E) más abajo].

a) *Posibles efectos anticompetitivos*

La negativa a mantener relaciones comerciales es una forma típica de exclusión en los mercados relacionados verticalmente cuando una empresa dominante controla un insumo que es básico para la producción de las empresas que compiten en un mercado descendente (o ascendente) en el proceso productivo. Al denegar el acceso al insumo, la empresa dominante extiende su monopolio desde el mercado de dicho insumo básico al mercado descendente que es potencialmente competitivo. Sin embargo, la monopolización de un mercado descendente no tiene por qué tener por sí misma efectos anticompetitivos. Después de todo, sólo hay un único mercado final y por lo tanto un único beneficio monopolístico que conseguir. Si la empresa dominante es capaz de conseguir el beneficio monopolístico del mercado final aun cuando hay competencia en los posteriores niveles del proceso productivo, la monopolización de dicho mercado descendente no tendrá efectos anticompetitivos ya que de cualquier modo ya no había ninguna competencia. En este caso, la negativa a mantener relaciones comerciales con empresas situadas en una fase posterior del proceso productivo tiende a estar motivada por cuestiones de eficiencia.

La empresa dominante también puede ser un grupo de empresas o una asociación de la industria que niegue el acceso a una instalación de propiedad conjunta. En este caso, se excluye a un competidor del mismo mercado o de un mercado relacionado horizontalmente. Entre los ejemplos famosos encontramos el de *Associated Press (1945)* y el de *Aspen (1985)*. En este último caso, una estación de esquí que abarcaba tres montañas se negó a facilitar entradas para los remontes a otra estación de esquí de la competencia que tenía una sola montaña³³.

b) *Efectos favorables a la competencia y consideraciones sobre la eficiencia*

Las empresas proveedoras pueden estar preocupadas por el hecho de que su reputación se vea afectada si sus productos son ofrecidos por empresas inferiores situadas en una etapa posterior del proceso de pro-

³³ Véase, por ejemplo, P. AHERN (1994), «Refusal to Deal after Aspen», *Antitrust Law Journal*, 63, 153 ss.

ducción. Si la empresa proveedora no puede controlar a las empresas que se sitúan a continuación en el proceso productivo, la exclusión de las mismas puede ser la única manera posible de aumentar el excedente del consumidor y los beneficios del sector. Del mismo modo, es posible que, por razones tecnológicas, la empresa proveedora necesite vigilar de cerca la producción descendente. Y esto sólo es factible en una empresa integrada verticalmente. Por último, las empresas situadas en una etapa posterior del proceso productivo pueden parasitar los gastos de *marketing* de la empresa proveedora. Por ello, con el fin de recuperar esta inversión, es posible que la empresa dominante tenga que evitar la competencia descendente³⁴.

Sin embargo, incluso en el caso de que una negativa a mantener relaciones comerciales perjudique a los consumidores a corto plazo, a largo plazo puede ser socialmente beneficiosa. Si el cuello de botella es el resultado de la inversión o de las actividades de innovación de la empresa dominante, obligando a la misma a permitir el acceso de sus competidores a dicho cuello de botella, nos encontramos ante una expropiación de la rentabilidad del esfuerzo de la empresa. Esto puede hacer que esta empresa y otras desistan de invertir en el futuro y reducir los incentivos que existen para innovar. Por lo tanto, tolerar un monopolio (temporal) puede ser la mejor manera de fomentar la inversión y los incentivos para la innovación, promoviendo así una eficiencia dinámica.

Si el cuello de botella se debe a un derecho de propiedad intelectual, las autoridades de la competencia deberían mostrarse especialmente reacias a intervenir. Los derechos de propiedad intelectual han sido otorgados por el Estado con el fin de generar poder de mercado y recompensar los esfuerzos de los innovadores. Por lo tanto, sería incongruente que el Estado se entrometiera en esos derechos *a posteriori* para quitar el poder de mercado otorgado. Además, la mera posibilidad de que se produzca una interferencia afecta al poder de negociación de las partes cuando se intenta llegar a un acuerdo voluntario. En la medida en que la empresa rival logre unas mejores condiciones amenazando a la empresa propietaria del cuello de botella con demandarla para conseguir obligarla a mantener relaciones comerciales con ella, el propietario del cuello de botella obtendrá una menor rentabilidad de su inversión. En este caso, como no hay una intervención activa el efecto no es visible, pero aun así se reduce el incentivo para innovar.

³⁴ Para un análisis más detallado de las defensas basadas en la eficiencia del cierre vertical de mercados, véanse REY y TIROLE (2003), *op. cit.*, apartado 5.

c) *Implementación: un ejemplo*

La negativa a mantener relaciones comerciales incrementa el poder de mercado de una empresa dominante sólo si la misma no ha sido capaz de sacar, de antemano, pleno provecho de su poder monopolístico sobre el bien que supone el cuello de botella. Este es el caso, por ejemplo, cuando la empresa dominante tiene problemas para aplicar el precio monopolístico a todas las empresas a las que abastece. El motivo es que una vez que la empresa monopolista ha suscrito un contrato con una empresa situada a continuación en el proceso productivo para suministrarle el bien básico, tiene un incentivo para suministrar el bien al resto de empresas con unas condiciones más favorables, para aumentar sus beneficios a costa de la primera empresa a la que abastecía, que por lo tanto tendrá que competir con las otras empresas del mercado descendente. Sin embargo, como las empresas del mercado descendente prevén esta conducta oportunista por parte de la empresa abastecedora, sólo compran el bien básico si se les aplica un descuento. Y esto reduce los beneficios de la empresa monopolista, que sólo podrá recuperar su poder monopolístico si consigue eliminar totalmente la competencia en el mercado descendente. En este caso, la negativa a mantener relaciones comerciales sí que podría tener efectos anticompetitivos.

Si la autoridad de defensa de la competencia sospecha que se ha recurrido a este mecanismo, debería proceder de la siguiente manera:

- Primero tiene que determinar que hay efectos anticompetitivos. Supongamos que la empresa dominante vendía anteriormente el bien básico a las empresas situadas hacia abajo en el proceso productivo, pero que ahora se niega a mantener relaciones comerciales con las mismas. Si el precio del bien final no ha sufrido cambios y el precio de las acciones de las empresas descendentes no se ha visto afectado, es poco probable que la negativa a suministrar haya aumentado el poder de mercado de la empresa dominante y haya reducido el bienestar social. Si la empresa dominante puede defender de manera convincente su negativa a mantener relaciones comerciales recurriendo a cuestiones de eficiencia, el caso debería desestimarse. Por otro lado, si la empresa dominante tenía dificultades para aplicar el precio monopolístico cuando había competencia en el mercado descendente y consigue aumentar el precio final pagado por los consumidores, monopolizando para ello dicho mercado descendente, es que hay indicios de la existencia de efectos anticompetitivos.

- ¿Cuál es el origen del cuello de botella? Si el cuello de botella se debe principalmente a los esfuerzos de inversión e innovación de la empresa dominante, la rentabilidad de dicha inversión no debería expropiarse y la autoridad de defensa de la competencia no debería interferir,

incluso a costa de generar una ineficiencia estática (un monopolio temporal). La autoridad de defensa de la competencia debería mostrarse especialmente reticente a interferir cuando el origen del cuello de botella es un derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, si el cuello de botella resulta de un legado histórico, de economías de escala o de alcance, o de factores externos, la intervención estaría justificada.

• ¿Es probable que la intervención sea efectiva sin perjudicar con ello a la eficiencia? La aplicación puede ser difícil y costosa. Además, es probable que la autoridad de defensa de la competencia se vea envuelta en el proceso de determinación de los *términos* según los cuales tiene que celebrarse el acuerdo, es decir, precios, condiciones y especificaciones técnicas. La autoridad no está realmente cualificada para fijar estas condiciones, por lo que la intervención puede causar ineficiencias importantes. Por consiguiente, la autoridad de defensa de la competencia debería ser consciente del daño que puede ocasionar e intervenir con cuidado, absteniéndose de participar activamente en la fijación de los términos del acuerdo³⁵. Las soluciones estructurales, como desinversiones y restricciones de líneas de negocios, a menudo conllevan costes sustanciales de transacción y deberían considerarse sólo como último recurso.

La autoridad de defensa de la competencia también debería ser consciente de que su enfoque en los casos en los que la empresa dominante se niega a mantener relaciones comerciales con otra empresa afecta a sus resultados incluso cuando las empresas llegan a un acuerdo voluntario, de manera que de hecho no hay una negativa a mantener dichas relaciones. La posibilidad de que el propietario del cuello de botella sea demandado afecta a las posiciones de las partes negociadoras. Si la empresa rival puede amenazar con demandar a la otra para imponer un acuerdo, estará en una posición mucho mejor que la del propietario del cuello de botella cuando éste se negase a mantener relaciones comerciales con ella. Mientras estos casos no se impugnan legalmente, sus efectos no son visibles. Sin embargo, generan las mismas cuestiones que aquellos casos en los que la autoridad de defensa de la competencia debe tratar con una negativa a mantener relaciones comerciales: si la previsión de una intervención política estricta lleva a un acuerdo voluntario con unos precios de acceso más bajos, se reduce la rentabilidad de las inversiones del propietario del cuello de botella; en cambio, si la previsión de una intervención más débil hace que se llegue a un acuerdo con unos precios más altos, queda limitada la capacidad del rival para com-

³⁵ En este contexto resulta interesante destacar que en los Estados Unidos las intervenciones de los tribunales conformes a la doctrina de los “servicios esenciales” han dejado normalmente que las partes determinen las condiciones del acuerdo.

petir en el mercado descendente. Para evitar el perjuicio para la competencia que deriva de la anticipación por parte de los agentes, la autoridad de defensa de la competencia debería tener unas directrices claras para evaluar los casos en los que hay una negativa a mantener relaciones comerciales que proporcionarían unas normas bien determinadas con las que comparar las cuestiones de exclusión y las cuestiones sobre rentabilidad de la inversión.

E) Los acuerdos de exclusividad

Los acuerdos de exclusividad se refieren a todas las prácticas que hacen que una empresa se comprometa a mantener relaciones comerciales con unas empresas relacionadas verticalmente, pero no con otras. Por ejemplo, un vendedor que tenga una posición dominante puede prohibir a los compradores que tengan relaciones comerciales con sus competidores, o puede comprometerse a tener relaciones comerciales exclusivas con una empresa relacionada verticalmente (o con varias, como en el caso de Eurotunnel), pero no con las demás.

a) Posibles efectos anticompetitivos

Los acuerdos de exclusividad pueden usarse contra un rival (potencial) del mismo mercado o de un mercado relacionado horizontalmente, si existen suficientes compradores que estén de acuerdo en comprar el bien únicamente a una empresa dominante y si al rival le resulta más difícil acceder a este mercado o al adyacente en caso de que se le impida tener relaciones comerciales con dichos compradores. Los contratos de exclusividad también pueden restringir la entrada a un mercado relacionado verticalmente si la empresa dominante es el único productor de un bien que constituye un cuello de botella y que resulta esencial para un mercado descendente, y si esta empresa dominante se compromete a suministrar dicho bien exclusivamente a una empresa y no a las demás. En este caso, el acuerdo de exclusividad puede ser utilizado como un sustituto de la integración vertical y tener efectos similares a la negativa a mantener relaciones comerciales [véase el apartado D)].

A menudo se sostiene que los acuerdos de exclusividad causan un perjuicio a la competencia porque incrementan el coste de entrada a un mercado o impiden por completo dicha entrada. Sin embargo, este argumento es demasiado simplista. Un comprador que se guíe por la lógica no estará dispuesto a firmar un contrato de exclusividad si el mismo le obliga a comprar a una empresa establecida y hay un competidor (posiblemente más eficiente) dispuesto a entrar en el sector. Un contrato de

exclusividad sólo podrá formalizarse si resulta beneficioso para ambas partes. Así que, o bien tiene que mejorar la eficiencia, en cuyo caso no hay perjuicio para la competencia, o bien tiene que incrementar los beneficios de las dos partes contratantes, a expensas de un tercero. En los últimos años se han desarrollado diversas teorías económicas que muestran que un acuerdo de exclusividad puede efectivamente tener efectos anticompetitivos si impone una externalidad a un tercero. Por ejemplo, un contrato de exclusividad que dificulte la entrada a un mercado puede utilizarse para obtener rentas de una potencial empresa entrante³⁶. Otra posibilidad es que, si los compradores no pueden coordinar sus acciones, el vendedor soborne a algunos de ellos para que acepten un acuerdo de exclusividad a expensas de los restantes³⁷. El denominador común de todos estos efectos anticompetitivos es que el acuerdo de exclusividad impone una externalidad a un tercero.

b) *Efectos favorables a la competencia y consideraciones sobre la eficiencia*

Existen varias defensas posibles de los acuerdos de exclusividad. El argumento más frecuente es que la exclusividad puede ser necesaria para proteger y fomentar las inversiones propias de la relación. Por ejemplo, un fabricante invertirá en la formación y educación de las empresas a las que abastece sólo si se le puede asegurar que esta inversión no se utilizará en beneficio de otros competidores que abastezcan al mercado descendente. Por ello, con el fin de proteger su inversión, es posible que el fabricante insista en llegar a un acuerdo de exclusividad. Del mismo modo, un fabricante puede adoptar una cláusula de exclusividad para promover la “lealtad del distribuidor minorista”, es decir, para animarle a adaptar sus esfuerzos promocionales al producto del fabricante.

Otro argumento basado en la eficiencia es que el fabricante puede usar el acuerdo de exclusividad para mantener el valor de su producto. Es decir, que puede querer impedir que determinados distribuidores minoristas “inferiores” vendan su producto si no están suficientemente formados o si su reputación no se ajusta a la del producto. Por ejemplo, un fabricante de perfumes caros de lujo es probable que no quiera que sus fragancias se vendan en tiendas baratas de descuento porque esto dañaría su reputación.

Un contrato de exclusividad también puede utilizarse para impedir una entrada “excesiva”. Si la entrada conlleva importantes costes irre-

³⁶ Véase AGHION y BOLTON (1987), *op. cit.*

³⁷ Véanse RASMUSSEN, RAMSEYER y WILEY (1991) y SEGAL y WHINSTON (2000), *op. cit.*

cuperables, es posible que haya demasiadas entradas debido al “efecto de robo de negocio”: una nueva empresa que se plantea entrar en un mercado no tiene en cuenta que algunos de sus posibles clientes se cambiarán a la misma desde las empresas existentes; por ello, los ingresos que genera pueden ser mayores que el valor social que crea. Otras de las defensas basadas en la eficiencia son similares a las que se han visto para la negativa a mantener relaciones comerciales en el apartado D).

c) *Implementación: un ejemplo*

Más arriba hemos defendido que un contrato de exclusividad puede tener efectos contrarios a la competencia sólo si impone una externalidad negativa a un tercero. Por lo tanto, la autoridad de defensa de la competencia primero tiene que indicar exactamente cuál es la externalidad impuesta a un tercero que explica que el comprador haya aceptado firmar un contrato de exclusividad anticompetitivo. Si la autoridad de defensa de la competencia no puede identificar dicho efecto externo, es que no hay efecto anticompetitivo y el caso debería desestimarse.

Un ejemplo de esta externalidad nos viene dado por lo que se conoce como “casos de coordinación de compradores”³⁸. Pensemos en una potencial empresa entrante que necesita un volumen mínimo de demanda para que la entrada le resulte rentable (por ejemplo, debido a unos costes fijos elevados). Supongamos que hay varios compradores y que la empresa establecida ofrece a cada uno de ellos un (pequeño) descuento si firman un contrato de exclusividad. Un comprador acepta esta oferta si el descuento es mayor que la pérdida prevista como consecuencia de una menor probabilidad de entrada de nuevas empresas. Sin embargo, dicho comprador no tiene en cuenta el efecto externo negativo que su decisión tiene sobre los beneficios de los otros compradores. Por ello, si los compradores no pueden coordinar sus conductas, la externalidad que se imponen los unos a los otros puede acabar impidiendo la entrada. Por lo tanto, los contratos de exclusividad pueden ser anticompetitivos cuando es necesaria la coordinación de los compradores.

Para determinar si se da este mecanismo, la autoridad de defensa de la competencia debería probar varios hechos:

³⁸ Véanse, por ejemplo, AGHION y BOLTON (1987), *op. cit.*; E. B. RASMUSSEN, J. M. RAMSEYER y J. S. WILEY (1991), «Naked Exclusion», *American Economic Review*, 81, 1137-1145; I. SEGAL y M. D. WHINSTON (2002), «Naked Exclusion: Comment», *American Economic Review*, 90 (1), 296-309, y FUMAGALLI y M. MOTTA (2002), «Buyers’ coordination exclusive dealing and entry, when buyers compete», CEPR Discussion paper, London.

- Que hay varios compradores pequeños.
- Que no hay ni comunicación ni coordinación entre ellos respecto a la adquisición del insumo. Por ejemplo, esto no se comprobaría en el caso de supermercados que delegan el poder de decidir las listas de productos a un organismo centralizado y que incluso negocian la transacción referida a las ventas agregadas con este organismo.
- En cuanto a la parte proveedora, también debería evaluarse cuál es el tamaño eficiente que debería tener una empresa entrante. Si resulta que un competidor puede entrar en el mercado vendiendo pocas unidades, por ejemplo, porque los costes fijos necesarios son pequeños, es difícil que los contratos exclusivos impidan la entrada. Por otro lado, es más probable que los contratos de exclusividad sean anticompetitivos si los costes fijos son elevados.

El siguiente paso que tiene que dar la autoridad de defensa de la competencia es comprobar si hay argumentos de defensa basados en la eficiencia que justifiquen el contrato de exclusividad. Incluso si existe un efecto externo negativo sobre un tercero es posible que el contrato de exclusividad genere eficiencias que compensen los efectos anticompetitivos. La autoridad de defensa de la competencia sólo debería intervenir si esta posibilidad queda descartada.

F) Fijación de precios predatorios

a) Posibles efectos anticompetitivos

La fijación de precios predatorios es una estrategia que consta de dos fases: una fase agresiva y otra de recuperación. Durante la fase agresiva, una empresa dominante inicia una reducción de precios que sólo es rentable porque elimina o debilita suficientemente la conducta competitiva del rival/es actual/es o posible/s de la empresa durante la fase de recuperación. Por lo tanto, la conducta predatoria se caracteriza por una fase en la que hay una reducción del precio a corto plazo, seguida de otra fase en la que el predador, provisto del suficiente poder de mercado, puede aumentar los precios. Así, incrementa sus beneficios a largo plazo una vez que la competencia ha sido eliminada o ha quedado lo suficientemente debilitada. Tal como hemos mencionado en la sección 2, podemos distinguir al menos tres tipos de modelos estratégicos de la fijación de precios predatorios: 1) la predación asociada a las imperfecciones de los mercados financieros; 2) los modelos basados en las interferencias (*signal jamming*), y 3) los modelos que se fundamentan en la reputación.

b) *Efectos favorables a la competencia y consideraciones sobre la eficiencia*

En general, la fijación de precios predatorios plantea un desafío con una dificultad intrínseca para las autoridades de defensa de la competencia, ya que la práctica que se pone en entredicho es la de la bajada de precios durante la fase predatoria; y, con carácter general, el objetivo de esta autoridad es precisamente fomentar la existencia de unos precios competitivos. Además, la crítica de Chicago se ha cuestionado seriamente si la fijación de precios predatorios puede surgir como un fenómeno de equilibrio consecuente con una conducta racional en beneficio de las empresas. Por ejemplo, la teoría del operador más solvente (*deep pocket*) que subyace en la predación financiera se puso en entredicho mediante argumentos según los cuales un mercado de capitales perfectamente competitivo financiaría a una “presa” con limitaciones financieras, eliminando así la rentabilidad futura de las inversiones en política predatoria por parte de la empresa establecida. Sin embargo, tal como han demostrado los avances posteriores en la teoría de la organización industrial, las imperfecciones del mercado de capitales constituyen unas circunstancias perfectas para que se dé una predación financiera totalmente racional.

En términos generales, el desafío inherente al diseño de la política de defensa de la competencia dirigida contra la predación está relacionado con la capacidad de la autoridad de defensa de la competencia para distinguir entre un precio que es bajo debido a objetivos predatorios, de otro que puede haberse fijado muy bajo como parte de un proceso competitivo que mejora la eficiencia. Por ejemplo, si hay costes de cambio, efectos de red, complementariedades de productos o efectos de aprendizaje (*learning by doing*), puede ser perfectamente legítimo y coherente con una competencia sana que las empresas fijen unos precios muy bajos cuando están introduciendo nuevos productos, cuando se dirigen a nuevos segmentos de consumidores o a las bases de clientes de los rivales, o cuando están en la primera fase de la curva de aprendizaje. Por lo tanto, una autoridad de defensa de la competencia con un conocimiento limitado del sector —y de los datos específicos de la empresa— se enfrenta a un problema complejo al intentar identificar las circunstancias en las que los precios predatorios que provocan pérdidas causan un perjuicio a la competencia. Por este motivo, las autoridades de defensa de la competencia tienen que ser plenamente conscientes de los riesgos de clasificación incorrecta cuando aborden un caso de predación.

c) *Implementación: un ejemplo*

Apliquemos ahora el enfoque basado en los efectos a los casos de fijación de precios predatorios. Al igual que en las otras prácticas, la prioridad debería ser identificar la naturaleza del efecto excluyente examinado. En la sección 2 se han analizado diversos escenarios alternativos; pero a efectos expositivos, aquí nos centraremos en la predación en un mercado de prueba basada en la realización de interferencias (*signal jamming*).

Pensemos en una empresa que esté considerando entrar en un mercado determinado y supongamos que existen muchas dudas sobre la rentabilidad de dicha entrada. Así que en vez de tomar una decisión muy arriesgada de entrada al mercado que la comprometería, esta empresa, la víctima o presa, consigue información entrando en un mercado de prueba, es decir, en un mercado limitado geográficamente o en cuanto al producto, con el fin de saber cómo es la demanda y poder evaluar mejor si una entrada completa es rentable o no. Por su parte, la empresa establecida, el predador, responde a esta entrada, o a esta amenaza de entrada, bajando su precio en el mercado de prueba con el fin de evitar que la presa sepa cómo es la demanda en condiciones normales. Sin embargo, el precio del predador en el mercado de prueba es distinto de los precios que aplica en otros mercados en los que sólo tiene que hacer frente a la competencia ya establecida.

A diferencia de la predación financiera, la predación en un mercado de prueba basada en las interferencias no exige necesariamente que haya una asimetría informativa entre la presa y los inversores externos, ni cualquier otra fuente de imperfecciones del mercado de crédito. La característica fundamental es que el predador genera interferencias en el mercado, con lo que la presa es incapaz de evaluar de manera fiable la demanda. Estas interferencias pueden acabar impidiendo o retrasando la entrada, con lo que perjudican a la competencia. Por lo tanto, para probar que hay una predación de un mercado de prueba se necesita demostrar básicamente que la reducción predatoria de los precios impide a la presa saber cómo es la demanda en condiciones normales, sin restringir los instrumentos que están a disposición de la empresa entrante para obtener la información³⁹.

En especial, hay que analizar cuidadosamente la capacidad del predador para recuperar las pérdidas causadas por la bajada de precios. La

³⁹ BOLTON, BROADLEY y RIORDAN (2000) presentan una aplicación detallada del enfoque basado en los efectos de dicha predación de un mercado de prueba, a un caso referido a la entrada en el mercado del café de la zona este de los Estados Unidos en la década de los setenta. En dicho mercado, General Foods empezó a aplicar unos recortes importantes de precios en áreas concretas del mercado de prueba que el operador entrante, Procter & Gamble, había seleccionado para dilucidar la demanda existente para la marca de café (Folgers) que quería introducir en dicha zona este de los Estados Unidos.

autoridad de defensa de la competencia debe explicar por qué la salida de la presa o su imposibilidad de entrada al mercado causan un perjuicio continuo a la competencia. Para determinar de manera convincente la existencia de predación de un mercado de prueba basada en las interferencias no debe haber canales alternativos disponibles de obtención de la información o éstos deben ser mucho más caros o menos precisos: si, los canales alternativos de obtención de la información no están disponibles, la fijación de precios predatorios en un mercado de prueba constituye un obstáculo estratégico a la entrada, que puede excluir a los rivales del mercado de manera continuada, dañando así la competencia; si por el contrario, las estrategias basadas en las interferencias no consiguen excluir a las otras empresas en unas condiciones similares del mercado, el predador no será capaz de recuperar las pérdidas y no se darán unas condiciones que generen un perjuicio continuado a la competencia.

Las recomendaciones generales para lograr una política adecuada sobre la predación deberían exigir que la autoridad de defensa de la competencia fuera capaz de demostrar, remitiéndose a pruebas convincentes, que se cumplen las presunciones fundamentales de un modelo estratégico bien definido de predación y que la conducta del predador concuerda con dicha teoría. En este informe hemos descrito grupos de presunciones fundamentales para la predación para poder presentar un relato coherente y creíble del perjuicio para la competencia en los casos de predación basada en las interferencias (este apartado) o en las imperfecciones del mercado de capitales [apartado A)]. En ambos casos, la identificación de la naturaleza del problema (una “teoría de predación” coherente) permite a la autoridad de defensa de la competencia explicar en detalle los hechos fundamentales que hay que determinar, tales como la necesidad de la presa de conseguir información del mercado o de atraer a inversores externos⁴⁰. Puede observarse que estos hechos fundamentales tienen poco que ver con el coste del predador; y que en lugar de ello se refieren a la capacidad de la empresa objetivo de acceder a la financiación o a una información fiable. Por ello, las reglas de precio-coste actualmente usadas en la jurisprudencia de la UE no proporcionan necesariamente pruebas convincentes de que se den los hechos fundamentales para la existencia de un caso sólido de predación. Por último, depende de la autoridad de defensa de la competencia asegurarse de que estos hechos clave están presentes en el caso. Entonces, y si las pruebas de que hay una fijación de precios predatorios son suficientemente sólidas, la carga de aportar pruebas para una defensa convincente de dicha conducta basada en la eficiencia debería pasar a manos del demandado.

⁴⁰ Tal como estas dos formas de predación dejan claro, la naturaleza de los hechos que hay que determinar depende fundamentalmente del caso concreto de predación