

PRÁCTICAS UNILATERALES, NORMAS DE COMPETENCIA, Y REVISION JUDICIAL: UNA PRIMERA MIRADA DESDE LA EU

Christian AHLBORN

David S. EVANS

A. Jorge PADILLA[†]

Resumen. En este artículo investigamos el impacto de las revisiones judiciales en la eficiencia de la evaluación de los efectos competitivos de las prácticas unilaterales que las empresas dominantes llevan a cabo. Mostramos que los procesos de apelación podrían reducir la probabilidad de errores tipo I, incrementando la probabilidad de errores tipo II. Dado que los errores tipo I son más comunes y más costosos en este contexto, los procesos de apelación constituyen un mecanismo muy valioso de corrección. También demostramos que los procesos de apelación podrían ser incluso superiores en términos de producir resultados superiores a los de otros mecanismos de corrección de errores como pueden ser los comités internos de revisión dentro de los propios órganos de competencia. Finalmente, mostramos que el impacto final del proceso de revisión judicial es función del estándar legal adoptado por las instancias inferiores o las agencias administrativas correspondientes.

[†] Christian AHLBORN es Partner de Linklaters. David EVANS es vice-presidente de LECG Europe y profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la University College London y de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago. Jorge PADILLA es director general del Grupo Europeo de Competencia de LECG y Research Fellow del CEMFI (Madrid) y del CEPR (Londres). Este artículo fue preparado para un simposio acerca de Revisión Judicial y Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino en Madrid el 20 de noviembre de 2006. Agradecemos a los participantes del simposio sus valiosos comentarios. Las advertencias normales son de aplicación aquí. Para mandar comentarios, por favor dirijanse a christian.ahlborn@Linklaters.com, devans@lecg.com y jpadilla@lecg.com.

1. INTRODUCCIÓN

Las empresas que disfrutan de «posición de dominio» llevan a cabo prácticas diversas que les permiten incrementar sus ventas y sus beneficios: marketing y políticas de precio agresivas, la venta conjunta o vinculada de sus productos (*tying and bundling*), distribución en exclusiva (*exclusive dealing*), etc. Algunas de estas prácticas pueden considerarse abusivas bajo las leyes de la Unión Europea (art. 82 del Tratado de la CE) y de los países miembros (e.j., capítulo 2 del Competition Act en UK y el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia Española). En estos casos, la intervención de las autoridades se justifica como un medio para proteger la competencia así como para impedir la explotación de los consumidores. El párrafo 54 del *Discussion paper* de la Comisión sobre el art. 82 del Tratado establece lo siguiente:

«El objetivo esencial del art. 82 ... es la protección de la competencia en el mercado como mecanismo para aumentar el bienestar de los consumidores y asegurar una eficiente asignación de los recursos»¹.

La Comisión Europea y los Tribunales Comunitarios han concebido reglas para determinar si las prácticas unilaterales empleadas por las empresas dominantes son anticompetitivas o no². El Tribunal Europeo de Justicia (en adelante, TEJ), por ejemplo, ha establecido diferentes reglas para evaluar negativas de suministro (*refusals to deal*) en *Commercial Solvents* (terminación de relaciones existentes)³, *Bronner* (negativa a conceder acceso *de novo* a activos físicos)⁴ y *Magill* e *IMS* (negativa a otorgar una licencia sobre propiedad intelectual)⁵. Asimismo, el Tribunal de Primera Instancia (en adelante, TPI) ha aclarado el estándar legal apropiado para la valoración de descuentos fidelizadores en *Michelin II*,⁶ y el TJE estableció en *AKZO* que los precios predatorios tendrían que ser valorados de acuerdo a tests duales precio-coste⁷. Finalmente,

¹ DG Competition, *Discussion paper on the application of art. 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, November 2005.

² Ver entre otros, R. O'DONOGHUE y A. J. PADILLA, *The Law and Economics of art. 82 EC*, Hart Publishing, 2006, y B. ALLAN, C. AHLBORN y D. BAILEY (eds.), *Rethinking art. 82*, Linklaters, 2006.

³ Caso C-6/73 *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v. Commission* [1974] ECR 223.

⁴ Caso C-7/97 *Oscar Bronner GmbH v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH* [1998] ECR I-7791.

⁵ Casos conjuntos C-241/91 y C-242/91 *RTE y ITP v. Commission* [1995] ECR I-743, ratificando una Decisión de la Comisión anterior (caso V/31.851 *Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE* OJ [1989] L78/43, p. 43), y CFI Judgment (caso T-69/89 *RTE v. Commission* [1991] ECR II-485 y caso T-76/89 *ITP v. Commission* [1991] ECR II-575). Caso C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG and NDC Health GmbH & Co, KG*, OJ [2004] C118, p. 14.

⁶ Caso T-203/01 *Michelin v. Commission*, OJ [2003] C304, p. 24.

⁷ Caso C-6/73 *Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v. Commission* [1974] ECR 223.

en el *Discussion paper* sobre el art. 82, la Comisión ha presentado un número de presunciones de hecho en las que pretende basarse cuando investiga casos de abuso⁸.

La valoración de las implicaciones que las prácticas unilaterales de las empresas puedan tener en la competencia es intrínsecamente difícil. La teoría económica todavía no ha desarrollado (y puede que nunca lo haga) herramientas para distinguir sin error prácticas que sean pro competitivas (i.e., que tengan un impacto positivo en el consumidor o en el bienestar total) y anticompetitivas (i.e., con un impacto negativo para el bienestar). En ausencia de «teoremas de identificación» fiables que establezcan condiciones suficientes y necesarias para el abuso, economistas e investigadores legales han sugerido principalmente dos aproximaciones alternativas para el análisis de las prácticas unilaterales⁹. En primer lugar, la Escuela de Chicago usó la teoría de precios para desarrollar lo que llamamos «los teoremas de imposibilidad»¹⁰, estableciendo las circunstancias en las cuales empresas con poder de monopolio carecen de incentivos para abusar de su poder de mercado. Segundo, la literatura post-Chicago usó la teoría de juegos para obtener «teoremas de posibilidad» mostrando que ciertos comportamientos pueden ser anticompetitivos en circunstancias concretas¹¹. Las teorías post-Chicago encuentran que el que una práctica empresarial incremente o reduzca el bienestar depende de supuestos específicos y los parámetros de modelo, los cuales son difíciles de verificar en la práctica¹².

Tanto los economistas como los investigadores legales de la escuela de Chicago y post-Chicago están de acuerdo en que muchas de las prácticas desarrolladas por las empresas dominantes normalmente tienen como fundamento el aumentar su eficiencia (*efficiency rationale*), como

⁸ E. PAULIS, «The Burden of Proof in art. 82 Cases», *Fordham Conference*, New York, 14-16 September 2006.

⁹ D. S. EVANS, «Economics and the Design of Competition Law», W. DALE COLLINS (ed.), *Issues in Competition Policy*, forthcoming.

¹⁰ A. DIRECTOR está considerado por muchos como el padre intelectual del enfoque de competencia dado por la Chicago School. Ver *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, P. NEWMAN (ed.), Macmillan Reference, 1998, at pp. 227-233 y 601-605; R. H. BORK, *The Antitrust Paradox*, 1978, at xv; R. A. POSNER, «The Chicago School of Antitrust Analysis», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, pp. 925-926. Articles from Chicago School proponents began appearing in the mid-1950s. See, e.g., R. H. BORK, «Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception», *University of Chicago Law Review*, vol. 22, 1954, pp. 157-201; A. DIRECTOR y E. H. LEVI, «Law and the Future: Trade Regulation», *Northwestern University Law Review*, vol. 51, 1956, pp. 281-296; W. S. BOWMAN, Jr., «Tying Arrangements and the Leverage Problem», *Yale Law Journal*, vol. 67, 1957, pp. 19-36; J. S. MCGEE, «Predatory Price Cutting: The Standard Oil (NJ) Case», *Journal of Law and Economics*, vol. 1, 1958, pp. 137-169; L. G. TELSER, «Why Should Manufacturers Want Fair Trade?», *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, pp. 86-105.

¹¹ P. L. JOSKOW, «Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies», *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 18, 2002, pp. 95, 104.

¹² M. D. WHINSTON, *Lectures on Antitrust Economics*, MIT Press, 2006.

pone de manifiesto el hecho de que muchas empresas no dominantes llevan a cabo estas prácticas. De hecho, no hay razón alguna para pensar que prácticas que generan eficiencia cuando las empresas carecen de poder de mercado no generen la misma eficiencia que cuando tienen poder de mercado¹³. El resultado es que el análisis de los efectos de las prácticas de negocio de las empresas dominantes sobre la competencia implica necesariamente un ejercicio de equilibrios complejos. Como KOVACIC y SHAPIRO observan:

«Algunos tipos de conducta, como los contratos de larga duración con consumidores clave o una expansión de capacidad preventiva, *pueden* impedir la entrada y afianzar la posición de dominio, pero también *pueden* generar eficiencias. La única manera de averiguarlo para cada caso concreto es que las autoridades de competencia y los tribunales lleven a cabo una investigación caso a caso [*rule of reason*] profunda»¹⁴.

En suma, la literatura económica ha establecido que, en teoría, algunas prácticas de negocio unilaterales pueden (considerando que se satisfacen determinados supuestos y que algunos parámetros tomen valores adecuados) resultar anticompetitivas. También se ha demostrado que muchas prácticas unilaterales que pueden ser discutibles son ampliamente usadas en mercados competitivos y por tanto presumiblemente generan eficiencias para las empresas o los consumidores. La literatura económica también ha proporcionado un gran número de teoremas de posibilidad y de imposibilidad. Lo que la literatura económica no ha hecho (todavía no, al menos) es desarrollar las herramientas necesarias para verificar los supuestos que subyacen en estos teoremas o determinar si estos parámetros «críticos» son consistentes con los valores requeridos para que la práctica reduzca el bienestar social. Como resultado, no es posible distinguir con certeza entre prácticas pro competitivas y anticompetitivas.

De este modo, las autoridades de competencia y los tribunales están destinados a cometer errores. Cualquier norma de competencia que se establezca para valorar las prácticas unilaterales de las empresas dominantes resultará en «condenas falsas» —o «errores de tipo I» usando la terminología estándar de teoría de decisión— y/o «falsas absoluciones» —o «errores de tipo II—. Diversos autores, comenzando por el juez EASTERBROOK (1984)¹⁵, han argumentado que un sistema de defensa de la competencia diseñado correctamente debe basarse en leyes que mini-

¹³ D. S. EVANS y A. J. PADILLA, «Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach», *University of Chicago Law Review*, vol. 73, 2005. También, D. S. EVANS y M. A. SALINGER, «Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law», *Yale Journal on Regulation*, forthcoming.

¹⁴ W. E. KOVACIC y C. SHAPIRO, «Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking», *Journal Economic Perspectives*, vol. 14, 2000, pp. 43, 55.

¹⁵ Ver F. H. EASTERBROOK, «The Limits of Antitrust», *Texas Law Review*, vol. 63, 1984, pp. 1-40.

micen los costes esperados de estos errores y hacer que esta aplicación de la competencia sea previsible para las empresas y fácil de administrar por los tribunales. Estas normas ayudarían a maximizar el bienestar a largo plazo generado por el proceso de la competencia.

Estos autores han empleado un enfoque coste-error para caracterizar esas normas¹⁶. EVANS y PADILLA (2005a) demuestran que este enfoque puede ser implementado en dos pasos¹⁷. En primer lugar, se aplica la teoría económica y la evidencia para valorar el coste y la probabilidad de los errores resultantes de condenar prácticas de negocio que incrementen el bienestar o consentir aquellas que lo reduzcan. En segundo lugar, a partir de esta valoración, se selecciona una norma que minimice el coste esperado de una intervención teniendo en cuenta la posibilidad de error legal entre un espectro de estándares que van desde la legalidad *per se* hasta la ilegalidad *per se* incluyendo la *rule of reason* y sus variantes. (i.e., enfoques de *rule of reason* alternativos).

La aplicación de este proceso en dos pasos a una variedad de prácticas de negocio (i.e., precios excesivos, venta conjunta y negativas de suministro) ha demostrado que las condenas falsas son más probables y más costosas en el contexto del análisis de prácticas unilaterales. También se ha establecido que las normas óptimas de competencia para el análisis de prácticas unilaterales normalmente tomarán la forma de estándares de *rule of reason* estructuradas o normas modificadas *per se*, y que ninguna norma será capaz de eliminar todos los errores.

En este estudio consideramos un mecanismo alternativo para hacer frente a los errores inevitables resultantes de la valoración de las prácticas de negocio unilaterales. En línea con SHAVELL (1995 y 2006) nos centramos en el proceso de revisión judicial como «un mecanismo de corrección de errores»¹⁸. Consideramos si un proceso de apelación, en

¹⁶ Este enfoque de coste-error se ha aplicado a las normas legales tanto generales como de competencia. Ver, i.e., R. A. POSNER, «An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration», *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 399, 400; EASTERBROOK, *op. cit.*, 1984, at footnote 15. Para aplicaciones recientes ver C. F. BECKNER III y S. C. SALOP, «Decision Theory and Antitrust Rules», *Antitrust Law Journal*, vol. 67, 1999, pp. 41-76; K. N. HYLTON y M. SALINGER, «Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach», *Antitrust Law Journal*, vol. 69, 2001, p. 469. Ver también D. S. EVANS, A. J. PADILLA y C. AHLBORN, «The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality», *Antitrust Bulletin*, 2004; EVANS y PADILLA, *op. cit.* (2005a), nota al pie 13; D. S. EVANS y A. J. PADILLA, «Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules», *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 1, 2005b, pp. 97-122; C. AHLBORN, D. S. EVANS y A. J. PADILLA, «The Logic and Limits of the “Exceptional Circumstances Test” in *Magill* and *IMS Health*», *Fordham International Law Journal*, 2005.

¹⁷ EVANS y PADILLA, *op. cit.* (2005a), nota al pie 13.

¹⁸ S. SHAVELL, «The Appeals Process as a Means of Error Correction», *Journal of Legal Studies*, vol. 24, 1995, pp. 379-425, y S. SHAVELL, «The Appeals Process and Adjudicator Incentives», *Journal of Legal Studies*, vol. 35, 2006, pp. 1-29.

el que las decisiones de los tribunales de primera instancia y de los órganos administrativos son revisadas para analizar su rigor, relevancia y la consistencia del razonamiento empleado, pueden contribuir a minimizar la incidencia de los errores tipo I y/o tipo II cuando se valora el comportamiento unilateral de las empresas dominantes¹⁹. También discutimos si el impacto de la revisión judicial en la efectividad de la aplicación del sistema depende del tipo de norma (normas *per se* frente a *rule of reason*) adoptadas por los tribunales de primera instancia u órganos administrativos. Finalmente, comparamos el proceso de apelación con un mecanismo de corrección de errores alternativo: el *Devil's Advocate Panel* o *panel interno del «Abogado del Diablo»*²⁰.

Lo que sigue de este estudio tiene la siguiente estructura. En la sección 2 presentaremos los elementos básicos del marco del análisis «error-coste» usado en las secciones posteriores. También consideramos la probabilidad relativa y el coste de los errores tipo I y tipo II cometidos en la valoración de las prácticas unilaterales de las empresas con poder de mercado. En la sección 3, discutimos las implicaciones de las anteriores conclusiones para diseñar unas normas de competencia «pragmáticas» (i.e., normas que minimicen el coste de error esperado o *ex ante*). En la sección 4 investigamos si en un proceso de apelación es probable que minimicen los errores mencionados antes y exploramos las implicaciones de la revisión judicial para el diseño de unas normas de competencia pragmáticas. La sección 5 concluye.

2. PRÁCTICAS UNILATERALES: ERRORES DE TIPO I Y TIPO II

La normas de competencia determinan las condiciones bajo las cuales es probable que las prácticas comerciales unilaterales llevadas a cabo

¹⁹ Esto no es solamente un ejercicio teórico. Mientras la Comisión tiene un margen amplio de apreciación en sus decisiones, «[t]odo lo que la Comisión tiene que demostrar es lo que el CFI tiene el poder de verificar. Imponer a la Comisión la carga de la prueba sólo tiene sentido si el fracaso en liberar esta obligación es capaz de producir anulación judicial». J. H. LEGAL, «Standards of Proof and Standards of Judicial Review in EU Competition Law», *Fordham Conference*, New York, 14-16 September 2006. Recital 104 of the TJE's judgment in *Tetra Laval* (case C-12/03 P, *Tetra Laval BV v. Commission* [2003] ECR I-000) clarifica que los tribunales comunitarios no sólo tienen poder de revisar cuestiones puras de los hechos y el Derecho, sino también «de interpretación de los hechos». H. LEGAL, *op. cit.*, 2006, p. 7.

²⁰ DG Competition opera con un sistema interno de revisión con paneles de expertos que refuerzan el escrutinio. «En casos muy complejos y que despiertan mucho interés, un panel compuesto de oficiales con gran experiencia hacen un escrutinio exhaustivo de las conclusiones del equipo, fijándose en los puntos clave de la investigación “actuando como otro par de ojos distinto”. Esto da como resultado una segunda opinión, independiente de la primera, que ensalza los puntos fuertes y débiles del caso, lo que añade solidez económica y legal a la decisión final». Prof. M. MONTI «EU competition policy after May 2004», *Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, New York, 24 October 2003.

por empresas dominantes sean consideradas anticompetitivas. No obstante, dado lo caprichoso de cualquier proceso judicial o administrativo, la falta de datos fiables en la mayoría de los casos actuales, y la ausencia de apropiada orientación económica, cualquiera que sea la norma o estándar, siempre producirá errores²¹. En algunos casos la práctica se considerará abusiva cuando no lo sea, mientras que en otros casos se considerarán legítimas cuando deberían haberse considerado abusivas.

La tabla 1 nos enseña la matriz del error estándar con las casillas en gris reflejando los dos posibles errores que los órganos de competencia y el sistema judicial pueden cometer: condenar prácticas competitivas falsamente («condenas falsas» o errores tipo I) y absolver prácticas competitivas falsamente («absoluciones falsas» o errores tipo II)²². La probabilidad de los errores tipo I viene dada por el porcentaje de casos que condenan prácticas competitivas en falso (casilla marcada en gris oscuro); mientras que la probabilidad o incidencia de los errores de tipo II viene dada por el porcentaje de casos que absuelven en falso prácticas competitivas (casilla marcada en gris claro).

TABLA 1
POSIBLES ERRORES EN LA VALORACIÓN DE COMPETENCIA
DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES

	<i>Illegal</i>	<i>Legal</i>
Daño a la competencia	Porcentaje de casos que condenan correctamente prácticas anticompetitivas	Porcentaje de casos que absuelven falsamente prácticas legítimas
No daño a la competencia	Porcentaje de que condenan correctamente prácticas anticompetitivas	Porcentaje de casos que absuelven correctamente prácticas legítimas

A) La probabilidad de errores tipo I y tipo II

Los costes esperados de estos dos tipos de errores son una función de sus efectos en el bienestar y de la probabilidad con la que ocurren. Esto último depende de un número de factores; el más importante, el estándar legal en sí. Con un estándar poco restrictivo es más fácil determinar que una práctica es anticompetitiva y en consecuencia se reduce la probabilidad de los errores tipo II (o falsas absoluciones) mientras

²¹ Ver, EVANS y PADILLA, *op. cit.* (2005a), en nota al pie 13, pp. 16 y 17.

²² *Ibid.*

que incrementa la probabilidad de los errores de tipo I (o falsas condenas). Esto es, errores tipo I tenderán a ser más frecuentes bajo la norma de ilegalidad *per se* y menos frecuentes bajo el enfoque de legalidad *per se*; lo contrario es válido para los errores de tipo II.

Una *rule of reason* debería, en principio, estar en medio de estos dos extremos. Aun así, creemos que con una *rule of reason* estándar es más probable que se infravaloren los costes esperados o condenas falsas y de ahí que se tienda a aplicar más de lo deseado. Esto ocurre por varias razones. *En primer lugar*, las empresas generalmente empiezan con prácticas unilaterales porque son beneficiosas para ellas. Esto es verdad tanto si disfrutan de poder de mercado como si no. Sin embargo, es un hecho reconocido abiertamente que los economistas no entienden estas formas de eficiencia en estos momentos y es difícil argumentar para persuadirlos²³. También es de conocimiento general que la gente de negocios tiene dificultad para documentar, y a veces incluso hasta para formular, estos aumentos de eficiencia. Por tanto, a menos que las autoridades de competencia y tribunales muestren algún respeto a las explicaciones sobre eficiencias de las prácticas unilaterales ofrecidas, especialmente aquellas que son más comunes en los mercados competitivos, las eficiencias serán desechadas incorrectamente, lo que causará que muchas prácticas legítimas sean consideradas abusivas por equivocación. Una *rule of reason* estándar no muestra esa deferencia; más bien considera cada una de las explicaciones de los candidatos igualmente probable.

En segundo lugar, un test del tipo *rule of reason* ignora que la implicación principal de varias décadas de investigación económica de los efectos competitivos de las prácticas unilaterales es que *no* se debería presuponer que estas prácticas son anticompetitivas, incluso cuando sean llevadas a cabo por empresas con poder de monopolio²⁴. Empresas con la *capacidad* de causar daño al consumidor a menudo no tienen el *incentivo* para hacerlo, y empresas con el *incentivo* para actuar anticompetitivamente a menudo no tienen la *capacidad* para hacerlo.

En tercer lugar, la comparación de los efectos de la mejora de la eficiencia con los efectos anticompetitivos de las prácticas unilaterales es a la fuerza un ejercicio extremadamente complejo. Por otro lado, como hemos mencionado ya, medir los beneficios de las prácticas puede ser

²³ D. S. EVANS y M. A. SALINGER, «Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law», *Yale Journal on Regulation*, vol. 22, 2005, p. 37.

²⁴ Ver, *inter alia*, M. D. WHINSTON, «Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know and What We Don't Know», *Journal of Economic Perspective*, vol. 15, 2001, pp. 63-80; P. REY, P. SEABRIGHT y J. TIROLE, «The Activities of a Monopoly Firm in Adjacent Competitive Markets: Economic Consequences and Implications for Competition Policy», *IDEI mimeo*, 2001, en http://idei.fr/doc/wp/2001/activities_abs.pdf.

tarea difícil. Además, como se vio en la sección 1, los modelos teóricos de juegos que muestran la posibilidad de efectos anticompetitivos no proporcionan las condiciones suficientes y necesarias capaces de dar una evidencia empírica para ser usada en una investigación²⁵.

En cuarto lugar, un estudio reciente de NALEBUFF y MAJERUS (2003) proporciona algunas indicaciones acerca de la probabilidad de los errores tipo I y tipo II en la valoración de prácticas unilaterales. Estos autores revisaron once casos de venta vinculada en Estados Unidos y Europa y evaluaron si el tribunal llegó a la decisión correcta²⁶. La tabla 2 resume nuestro entendimiento de sus conclusiones.

TABLA 2
UNA PERSPECTIVA SOBRE NALEBUFF Y MAJERUS (2003)

	<i>Ilegal</i>	<i>Legal</i>
Daño a la competencia	Cuatro (36 %)	Ninguno (0 %)
No daño a la competencia	Tres (27 %)	Cuatro (36 %)

No hay instancias en que los tribunales u órganos administrativos hayan considerado que una práctica anticompetitiva de *venta conjunta o vinculada* (según juicio del autor) fuera legal —esto es, no hubo falsas absoluciones—. Hay tres casos en los que la decisión de los órganos encontraron que una práctica de *venta conjunta o vinculada* competitiva (según juicio del autor) era ilegal —el porcentaje de condenas falsas fue por lo tanto 27 por 100—. Esto significa que no encuentran evidencia de errores de tipo II pero el porcentaje de errores de tipo I es bastante alto.

B) El coste de errores de tipo I y tipo II

También creemos que los costes de las condenas falsas en las decisiones de competencia que implican prácticas unilaterales son conside-

²⁵ C. y M. WALDMAN, «The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries», *RAND Journal of Economics*, vol. 33, 2002, p. 215.

²⁶ Mientras el informe nominal contiene trece casos separados, dos hacen referencia a diferentes aspectos de la fusión GE/Honeywell. Además, en uno de los casos como todavía no había una decisión tomada cuando se completó el informe, lo excluimos, quedando once casos. B. NALEBUFF y D. MAJERUS, «Bundling, Tying and Portfolio Effects: Part 2-Case Studies», *DTI Economics Paper*, February 2003. Ver también, D. S. EVANS, A. J. PADILLA y M. A. SALINGER, «A Pragmatic Approach to Identifying and Analyzing Legitimate Tying Cases», *European Competition Law Annual: What is an Abuse of a Dominant Position*, 2003, Hart Publishing, forthcoming.

rablemente más altos que los de falsas absoluciones. Primero, como menciona el juez EASTERBROOK,

«el sistema económico corrige monopolios más fácilmente que corrige los errores judiciales. No hay una manera automática de cancelar las decisiones equivocadas del Tribunal Supremo. Una práctica, una vez condenada, es probable que siga así, no importan sus beneficios. Sin embargo, una práctica monopolística absuelta por equivocación eventualmente conducirá a la competencia, ya que los precios monopolistas más altos atraerán rivalidad»²⁷.

Esto es, si una práctica de negocio anticompetitiva es permitida por error, las ganancias del monopolio resultante de esa práctica atraerán competencia agresiva y nuevos rivales. Las fuerzas del mercado no juegan un papel correctivo tan general para prácticas competitivas que fueron juzgadas como anticompetitivas²⁸.

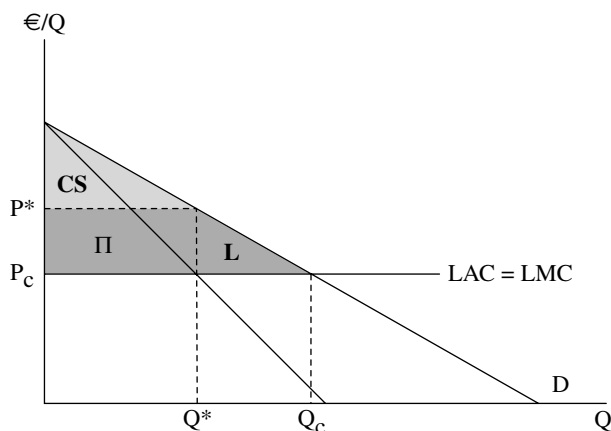
Segundo, el coste de los errores tipo I cuando se estudian prácticas unilaterales viene dado normalmente por una reducción de los incentivos de las empresas para invertir en investigación e innovación. Esto es así porque una política de competencia fuerte en lo que se refiere a las prácticas llevadas a cabo por las empresas con poder de mercado es semejante a introducir un límite superior en las ganancias. La evidencia relativa a falsas condenas está vinculada a los incentivos a invertir, al reducir la rentabilidad esperada de los procesos de innovación exitosos. En términos de bienestar, por tanto, el coste de error tipo I es igual a la pérdida de bienestar resultante de la falta de introducción de productos y servicios valiosos por los cuales hay una demanda potencial. Esto se muestra en el área CS + Π en la figura 1.

El coste del error tipo II es típicamente igual a la suma de: 1) la pérdida del bienestar del consumidor que resulta de unos precios supra-competitivos resultantes tanto de una explotación directa o de un poder de mercado obtenido por exclusión, y 2) la potencial reducción del bienestar del consumidor resultante del hecho de que algunos productos y servicios pueden no ver la luz si la empresa dominante tiene éxito excluyendo a los rivales. El primer término, sucesivamente, se obtiene por dos efectos: *a*) algunos consumidores pagan más que el precio competitivo del mercado para obtener el producto o servicio que desean (área Π en figura 1), y *b*) otros consumidores se ven excluidos del consumo a pesar de su relativamente alta valoración (área L).

²⁷ EASTERBROOK, *op. cit.*, 1984, nota al pie 15, p. 15.

²⁸ Las empresas suelen ser contrarias a implementar prácticas comerciales alternativas que sean parecidas a una considerada anticompetitiva con anterioridad, pues éstas suelen considerarse anticompetitivas también.

FIGURA 1
BIENESTAR DEL CONSUMIDOR, BENEFICIOS Y LA PÉRDIDA DEL BIENESTAR



El equilibrio competitivo está en (P_c, Q_c) . El resultado alcanzado por el monopolio resulta en un precio más alto y menor cantidad dado por (P^*, Q^*) . El resultado es una pérdida de bienestar de la sociedad representada por L, generalmente conocida como el triángulo de pérdida-monopolística. Π es la ganancia del monopolio y CS es el excedente del consumidor. El impacto negativo del poder del monopolio en el bienestar del consumidor es igual a la suma de la ganancia supracompetitiva de Π y la pérdida de L.

Debe quedar claro que los dos tipos de errores son costosos. Sin embargo, como muestran EVANS y PADILLA (2005a) y AHLBORN, EVANS y PADILLA (2005), i) el área CS es probable que sea mayor que el área L, y ii) a menos que la práctica unilateral bajo estudio impida la entrada de nuevos productos con alta probabilidad, el coste de los errores tipo I será mayor que el coste de los errores tipo II.

En conclusión, encontramos que hay razones para creer que en lo que se refiere a la valoración de competencia de las prácticas unilaterales, los errores tipo I son más frecuentes y más probable que sean socialmente más costosos que los errores tipo II.

3. PRÁCTICAS UNILATERALES: PRAGMÁTICAS NORMAS LEGALES

En esta sección discutimos las implicaciones de las conclusiones anteriores en la elaboración de normas legales que sean pragmáticas. Esto es, normas que minimicen el coste de error esperado y que sean fáciles de administrar en la práctica. Definamos primero el espectro de normas legales plausibles para la valoración de comportamientos unilaterales de las

empresas dominantes. Después caracterizaremos la norma que minimice los costes esperados de estos errores. Estos costes son dados por la probabilidad de error y los costes sociales de cada tipo de error.

A) Normas *per se*, *rule of reason* y costes del error

En principio, para cada práctica de negocio, hay varias normas legales alternativas: *a) las legales per se* (estas prácticas nunca se considerarían abusivas); *b) las ilegales per se* (consideradas abusivas siempre); *c) modificadas ilegales per se* (la práctica será ilegal presumiblemente si se cumplen unas condiciones); *d) modificadas legales per se* (la práctica será legal presumiblemente a no ser que se cumplan unas condiciones, i.e., *excepto* en «circunstancias excepcionales»); *e) rule of reason* (bajo estas normas los tribunales harán un balance de los costes y los beneficios de una intervención dados los hechos específicos de cada caso e intervendrán sólo cuando los beneficios sean muy superiores a los costes de intervención); y *f) rule of reason estructurada* (una práctica unilateral será considerada legal a menos que pase la secuencia de varias revisiones; en ese caso, si se cumplen todas las condiciones, los tribunales y órganos competentes tendrán todavía que hacer un balance de los efectos anticompetitivos y competitivos en una fase final antes de determinar que la práctica es anticompetitiva en su conjunto).

Dentro del estándar ilegalidad *per se*, habrá errores de tipo I pero no de tipo II, ya que la práctica será considerada siempre abusiva. Lo contrario será cierto para un estándar legalidad *per se*: no habrá errores tipo I pero posiblemente un gran número de errores tipo II. Un estándar *rule of reason* producirá ambos tipos de errores en proporciones que son difíciles de predecir con exactitud. Como se menciona anteriormente, la distinción entre una negativa de suministro competitiva y anticompetitiva es una tarea desalentadora. Finalmente, normas *per se* tanto legales como ilegales modificadas también causarán errores de tipo I y II.

Una norma ilegal *per se* modificada producirá menos errores tipo I (pero posiblemente más errores tipo II) que una norma pura ilegal *per se*; mientras una norma legal *per se* modificada producirá menos errores tipo II (pero posiblemente más errores tipo I) que una norma pura legal *per se*. Desde una perspectiva del coste del error una norma modificada *per se* es superior a una norma *per se* siempre que las circunstancias excepcionales que disparan la intervención sean diseñadas adecuadamente.

Si bien la economía moderna no ha identificado todas las condiciones suficientes y necesarias para que cualquier práctica unilateral sea anticompetitiva, han tenido más éxito en determinar las condiciones nece-

sarias. Estas condiciones se pueden usar para discriminar las prácticas que no pueden ser anticompetitivas, porque las condiciones necesarias no se cumplen. Cuando una de estas condiciones necesarias falla, entonces podemos asumir que la práctica no es sospechosa. Estas condiciones necesarias pueden usarse para construir normas modificadas *per se* que son inequívocamente superiores a las correspondientes normas *per se*.

Del mismo modo, una *rule of reason* estructurada es más probable que sea superior en términos de costes de error que una *rule of reason* estándar, ya que limita el equilibrio complejo de los efectos competitivos y anticompetitivos de aquellas prácticas que se ha demostrado que provocan efectos anticompetitivos²⁹. Efectivamente, una investigación adecuada de la eficiencia puede llevar mucho tiempo y es mejor hacerla sólo para aquellas prácticas que han pasado el proceso anterior de filtro. Por ejemplo, si un «acusado» no tiene poder de mercado, la teoría económica dice que carece de la capacidad de excluir a sus competidores y producir daño al consumidor, con lo que la investigación se debería terminar aquí. Analizar el poder de mercado, comparado con el análisis de eficiencias, está al alcance de los economistas dadas las herramientas estándares disponibles.

Una aproximación mediante una *rule of reason* (estructurada) es probable que sea más útil en situaciones extremas. Esto es, cuando está claro que los efectos anticompetitivos que se alegan son altamente inverosímiles pero hay suficiente evidencia que apoya los beneficios de la eficiencia. O cuando hay una probabilidad significativa seria de efectos anticompetitivos y no se pueden alegar eficiencias de manera rigurosa. En los demás casos, se podría probar no concluyente, dada la dificultad intrínseca de hacer un balance de los efectos competitivos y anticompetitivos³⁰.

B) Diseñando normas legales de competencia

Cuando los costes esperados producidos por condenas falsas son mayores que los producidos por falsas absoluciones, que es lo que sucede en el análisis de prácticas unilaterales como hemos discutido antes, se requiere un estándar muy estricto para minimizar el coste de error: uno

²⁹ Una *rule of reason* estructurada podría, sin embargo, dar lugar a más errores tipo I que una norma no estructurada si la carga de evidencia que se requiere en las distintas evaluaciones es más baja que la carga de evidencia de la norma no estructurada.

³⁰ Hasta ahora, nos hemos centrado en los errores que se cometen en empresas que están bajo investigación, pero también se pueden cometer errores en empresas que están llevando una autoevaluación. Dada la complejidad de la *rule of reason* estructurada, tenemos el problema de que dará lugar a un número elevado de errores en empresas que estén llevando estas autoevaluaciones de su comportamiento.

que establezca barreras significativas en términos de la evidencia necesaria (*evidentiary hurdles*) antes de establecer que una práctica unilateral llevada a cabo por una empresa con poder de mercado es anticompetitiva. De este modo, escogemos como elección óptima de un estándar legal, un norma que estaría entre la *rule of reason* estructurada y una norma modificada *per se*. Un factor imprescindible en esta comparación es, obviamente, la valoración de la probabilidad y el coste de error de cada uno de los dos enfoques. Otro factor muy importante para elegir entre estas dos normas sería estimar la suma de los costes administrativos y de implantación del estándar legal. Una norma modificada *per se* es más fácil y más barata de administrar e implementar³¹.

Dado que las falsas condenas implican mayores costes esperados, parece que en la valoración de prácticas unilaterales una norma modificada *per se* legal sería preferible a una modificada ilegal *per se*, pues la primera minimiza la incidencia del tipo de error que es más costoso. La elección entre una *rule of reason* estructurada y una norma modificada *per se* legal es mucho más difícil y puede depender de la práctica unilateral en concreto que se está analizando. Ambas normas pueden ocasionar tanto absoluciones como condenas falsas. Y ninguna de estas dos normas es *a priori* superior a la otra en términos de error porque los costes esperados resultantes dependerán de los detalles concretos: el conjunto de «circunstancias excepcionales» que definen la norma modificada *per se* legal y la secuencia de revisiones que caracterizan a la norma *rule of reason* estructurada.

Uno podría esperar, sin embargo, que una norma modificada legal *per se* tuviera como resultado más casos de falsas absoluciones; mientras que la *rule of reason* puede causar más a menudo casos de condenas falsas. Una *rule of reason* estructurada también supondría unos costes administrativos adicionales por tener que someterse a una serie de evaluaciones complejas. Entonces, tenemos razones para argumentar en favor de la adopción de las normas legalmente modificadas *per se* cuando se analizan las prácticas unilaterales que desarrollan las empresas. Pero, como se menciona anteriormente, todo depende de si la norma modificada legal *per se* especifica el conjunto apropiado de circunstancias excepcionales. De otra manera, una *rule of reason* estructurada será preferible.

C) Conclusiones

Hemos demostrado que los costes esperados de los errores cometidos por los tribunales y los órganos administrativos, cuando valoran las

³¹ K. N. HYLTON, *Antitrust Law, Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

prácticas comerciales de las empresas dominantes, pueden ser minimizados si se elaboran las normas de competencia de manera adecuada. Hemos visto, sin embargo, que este camino no elimina todos los errores, ni los más comunes ni los más costosos. Se seguirán cometiendo errores, debido a la inexperiencia, las presiones de tiempo y por el hecho de que la implementación de estas normas, que requiere combinar la interpretación económica y de los hechos, es extremadamente compleja. Además, hay pocas expectativas de que los avances de la teoría económica y sus aplicaciones empíricas nos ayuden a desarrollar normas más acertadas en un futuro cercano. Aunque el enfoque de la teoría de los juegos que nos proporciona la literatura post-Chicago es muy valioso para ayudarnos a entender las prácticas comerciales, todavía no ha demostrado que sea capaz de producir «teoremas de identificación» factibles: teoremas que nos den unas descripciones útiles para determinar cuándo una práctica es competitiva o anticompetitiva.

4. REVISIÓN JUDICIAL COMO MECANISMO DE CORRECCIÓN DE ERRORES

En esta sección, que constituye el punto central de este artículo, consideramos un mecanismo alternativo de corrección de errores y exploremos sus ventajas e inconvenientes. A continuación investigamos si los efectos de la revisión judicial dependen de la naturaleza de las normas de valoración empleadas por los tribunales y órganos administrativos. Finalmente, comparamos las propiedades de los procesos de apelación desde una perspectiva coste-error con el mecanismo alternativo de revisión: el llamado: *panel interno del «Abogado del Diablo»*. Antes de eso, sin embargo, ofrecemos una visión general breve de la literatura económica usada en los procesos de apelación.

A) Los procesos de apelación: un enfoque económico

La mayoría de los sistemas legales de hoy en día reconocen el derecho de los litigantes descontentos a optar a que se reconsideren las decisiones tomadas por los tribunales y los órganos administrativos ante un tribunal superior³². La literatura económica ha discutido varias justificaciones alternativas al proceso de apelación desde un punto de vista social. SHAVELL (1995) defendió que los procesos de apelación eran un mecanismo de corrección inadecuado. Él estima lo siguiente:

³² Ver P. E. HERZOG y D. KARLEN, «Attacks on Judicial Decisions», capítulo 8, en M. CAPPELLETTI (ed.) «Civil Procedure», in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. 16, 1982, The Hague, Martinus Nijhoff.

«Si los litigantes poseen información acerca de un error cometido y los tribunales de apelación pueden verificarlo frecuentemente, los litigantes pueden ser conducidos a presentar apelaciones sólo cuando es probable que se hayan cometido errores, pero no en caso contrario»³³.

SHAVELL estima que en esas circunstancias las apelaciones pueden constituir un medio poco costoso de corrección de errores, ya que los litigantes buscarán la reconsideración de los casos cuando se crea que efectivamente se han cometido errores. El coste de los procesos de apelación es, por tanto, presumiblemente menor que el coste de revisar procesos al azar (donde se revisarían todas las decisiones, tanto las acertadas como las incorrectas). En términos de coste-beneficio, invertir en este método puede ser también más adecuado que invertir en mejorar la calidad de las decisiones tomadas por los tribunales y los órganos administrativos, ya que esto último «supondría gastos adicionales para cada caso»³⁴. SHAVELL muestra que el atractivo de los procesos de apelación es mayor cuanto menor es el coste, cuanta mayor sea la probabilidad de corregir el error y cuanto mayor sea el daño social ocasionado por el error.

Otra justificación alternativa de los procesos de apelación es que puede desencadenar una mayor disciplina para los jueces o administradores e incrementar la precisión de los juicios. Los procesos de apelación, desde este punto de vista, constituirán un mecanismo de incentivos o un mecanismo para prevenir errores³⁵. Jueces y administradores pueden temer que estos mecanismos se vuelvan en su contra, debido al impacto que puedan tener en su reputación y en sus proyecciones de carrera. Los jueces que quieran evitar una revocación se esforzarán más en los juicios³⁶; lo mismo sucederá en el caso de los funcionarios que trabajan en las autoridades de competencia. También ayudará a que sea menos probable que estos colectivos adopten decisiones que reflejen sus propios prejuicios ideológicos o de los grupos de los que están de acuerdo y se centren más en proteger la eficiencia social y los intereses de los colectivos que representan.

La justificación de la prevención del error se enfrenta a dos críticas. Primera, como dice SHAVELL en un artículo reciente, esta explicación «se apoya en la suposición de que... los tribunales de apelación plasman el interés social»³⁷. Esta suposición es, por supuesto, muy sólida, incluso si la sociedad invierte en seleccionar unos jueces honorables de talento reco-

³³ SHAVELL, *op. cit.*, 1995, nota al pie 18.

³⁴ *Ibid.*, pp. 381 y 382.

³⁵ Ver, i.e., R. A. POSNER, «What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Does)», *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, 1993, pp. 1-41. Ver también SHAVELL, *op. cit.*, 1995, nota al pie 18, pp. 408-411; R. A. POSNER, «Judicial Behavior and Economic Performance: An Economic Approach», *mimeo*, 2004, y SHAVELL, *op. cit.* (2006), nota al pie 18.

³⁶ SHAVELL, *op. cit.*, 1995, nota al pie 18, p. 391.

³⁷ SHAVELL, *op. cit.* (2006), nota al pie 18, p. 23.

nocido, los obliga a tomar decisiones en paneles conjuntos y a motivar sus decisiones por escrito. Segunda, los jueces preocupados por su carrera profesional tienden a ser «creativos» contradiciendo decisiones judiciales anteriores para demostrar con ello, ineficazmente, que ellos saben interpretar las leyes mejor y, por tanto, merecen un reconocimiento³⁸.

Otros fundamentos en favor de los procesos de apelación son: a) la armonización de las leyes (i.e., la resolución de conflictos de interpretación en los tribunales inferiores y órganos administrativos) o, más en general, b) la creación de leyes (i.e., evolución de las leyes para adaptarse a las nuevas circunstancias o incorporar explicaciones nuevas sobre ciertos comportamientos).

Como explican GENNAIOLI y SHLEIFER (2005), los precedentes se pueden revisar tanto por «invalidación» (*overruling*, i.e., reemplazar una ley en vigor por otra) como por «distinción» (*distinguishing*, i.e., introducir a nueva ley que apoya una existente pero añade una nueva dimensión, de forma que se tengan en cuenta las dos en el futuro)³⁹. En contraste a las famosas hipótesis del famoso juez POSNER, que estimaba que la evolución de los precedentes en los sistemas legales basados en jurisprudencia tiende a la adopción de leyes eficientes⁴⁰, estos autores piensan que «las condiciones para que las leyes elaboradas por los jueces alcancen una máxima eficiencia son increíblemente estrictas»⁴¹. Ellos muestran que la posibilidad de un cambio en las leyes puede permitir a los jueces reafirmar sus propios sesgos y un cambio en las leyes es más factible cuando las preferencias de los jueces sobre las leyes están más polarizadas. En consecuencia, la invalidación puede llevar a una permanente fluctuación entre reglas legales extremas. La distinción puede llevar a una convergencia a leyes más estables, pero no hay garantía que dichas leyes sean eficientes, debido a la naturaleza secuencial de las revisiones introducidas por los jueces.

B) La revisión judicial y la incidencia de errores tipo I y tipo II

A continuación investigamos si el proceso de revisión judicial puede resultar en errores cada vez menos costosos. Aunque esos errores pueden ser en principio errores de procedimiento, errores sobre los hechos, erro-

³⁸ G. LEVY, «Careerist Judges and the Appeals Process», *RAND Journal of Economics*, vol. 36.2, 2005, pp. 275-297.

³⁹ N. GENNAIOLI y A. SHLEIFER, «The Evolution of Precedent», University of Stockholm and Harvard University, *mimeo*, marzo 2005.

⁴⁰ R. A. POSNER, *The Economic Analysis of the Law*, 6.ª ed., Chicago, University of Chicago Press, 2003.

⁴¹ GENNAIOLI y SHLEIFER, *op. cit.* (2005), en 39, p. 32.

res en la aplicación de normativa adecuada, o una combinación de errores en los hechos y en la aplicación de la norma, nos centraremos en el último tipo de error. Esto es, nos abstraeremos de los errores formales y de los errores en la concreción de los hechos para concentrar nuestra atención en los errores que ocurren en la valoración de los hechos de acuerdo a la aplicación de la norma. Adoptamos el enfoque desarrollado por SAH y STIGLITZ (1986, 1988) para analizar la «arquitectura» óptima de los sistemas económicos y las organizaciones⁴².

Consideremos entonces una determinada práctica de negocio desarrollada por una empresa con poder de mercado, la cual se corresponde con las categorías de prácticas que se encuentran en los manuales de competencia al uso⁴³. Consideremos x como el efecto neto de tal práctica en el bienestar social (i.e., excedente del consumidor o excedente total). Éste puede ser positivo (procompetitivo) o negativo (anticompetitivo). Desde la perspectiva de un observador externo objetivo (ya sea un organismo de competencia o un tribunal), x se distribuye de acuerdo a una función de densidad $g(x)$. El organismo de competencia (o tribunal de primera instancia) debe determinar si la práctica es «pro competitiva» o «anticompetitiva». La probabilidad de que la autoridad concluya que el proyecto es anticompetitivo es $p(x)$. Esta función, a la que llamamos «función de discriminación» (*screening function*) de acuerdo a la terminología empleada por SAH y STIGLITZ, puede tener cualquier forma, siempre que $0 \leq p(x) \leq 1$.

Supongamos que p y p' representan dos funciones de discriminación. Si $p(x) > p'(x)$ para una práctica con un impacto x en el bienestar, entonces p considera que la práctica es anticompetitiva con una probabilidad mayor que p' . Diremos entonces que p es más restrictiva que p' . En principio, podemos encontrar una correspondencia entre las funciones de discriminación definidas arriba y las reglas de competencia definidas en la sección 3. Por ejemplo, una regla de ilegalidad *per se* se correspondería con una función de discriminación en la que $p(x)=1$, con independencia de x (i.e., la regla siempre concluiría que la práctica es anticompetitiva con independencia del impacto social que pueda tener la práctica en cuestión). Al contrario, una regla de legalidad *per se* se correspondería con una función de discriminación en la que $p(x)=0$ para todo x (i.e., esta regla siempre concluiría que la práctica es pro competitiva independientemente del efecto de la práctica sobre el bienestar).

⁴² R. K. SAH y J. E. STIGLITZ, «The Architecture of Economic Systems: Hierarchies and Polyarchies», *American Economic Review*, vol. 76.4, 1986, pp. 716-727, y R. K. SAH y J. E. STIGLITZ, «Committees, Hierarchies and Polyarchies», *Economic Journal*, vol. 98, 1988, pp. 451-470.

⁴³ Ver, i.e., R. O'DONOGHUE y A. J. PADILLA, *The Law and Economics of art. 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

Si el test de discriminación fuera perfecto, todas las prácticas con un impacto positivo sobre el bienestar ($x > 0$) se considerarían pro competitivas y todas las prácticas con un impacto negativo ($x < 0$) se considerarían anticompetitivas. Debido a los motivos que se explican en la sección 2, ninguna regla de decisión está libre de error. En consecuencia, esperamos que la autoridad concluya que prácticas pro competitivas son anticompetitivas con una probabilidad positiva (errores tipo I o convicciones falsas) y viceversa (errores tipo II o falsa absolución). La probabilidad de un error tipo I será mayor cuanto más restrictiva es la función de discriminación (normativa de competencia). Esto es, si $p(x) > p'(x)$ para todo x , entonces p resulta en más (menos) errores de tipo I (tipo II) que p' .

Modelamos el proceso de apelación como sigue: una vez que la autoridad de competencia (o tribunal) ha alcanzado su decisión, la corte de apelación sólo revisa aquellas prácticas que son consideradas anticompetitivas⁴⁴. Asumimos que la función de discriminación empleada por el alto tribunal es idéntica a la que ha empleado la autoridad de competencia o el tribunal de primera instancia. En consecuencia, la probabilidad de que la corte de apelación concluya que la práctica es anticompetitiva es $p(x)$ y la probabilidad *ex ante* de que la práctica sea considerada abusiva después de ambas etapas del proceso, es $(p(x))^2$. Ya que $(p(x))^2 \leq p(x)$ para todo x , concluimos que:

Proposición 1. La introducción del proceso de apelaciones no incrementa, y puede incluso reducir, la incidencia de los errores tipo I, mientras que no reduce y puede incluso incrementar la incidencia de los errores tipo II.

Por las secciones 2 y 3, sabemos que, en el contexto de la valoración de prácticas unilaterales por parte de empresas dominantes desde una perspectiva de competencia, los errores de tipo I son más probables y más costosos que los errores de tipo II. Entonces:

Proposición 2. El proceso de apelaciones no incrementa y puede incluso reducir el coste esperado del error en la valoración competitiva de prácticas unilaterales por parte de empresas dominantes.

A partir del análisis previo debe quedar claro que el coste esperado del error no es creciente con el número de etapas del proceso de apela-

⁴⁴ Este supuesto pretende capturar el hecho de que es más probable recurrir una condena que una absolución. Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia del Tribunal de las Comunidades Europeas confirmaría este supuesto. Sin embargo, los resultados presentados más adelante son consistentes incluso si se relaja este supuesto, siempre que la probabilidad de recurrir una condena sea superior a la de recurrir una absolución.

ción. De hecho, una determinada práctica se considerará abusiva con probabilidad $(p(x))^{N+1}$, cuando el número de etapas sea N . En este artículo no consideraremos cuál es el valor óptimo para N . Esto requeriría estudiar no sólo la incidencia de un mayor número de etapas de apelación en los errores tipo I y tipo II, sino también los costes operativos de organizar y gestionar etapas adicionales de apelación. En la mayoría, si no en todos, de los sistemas legales que conocemos N es igual a 2⁴⁵.

C) El impacto judicial de la revisión judicial para las reglas de competencia alternativas

Las proposiciones 1 y 2 se aplican a una función de discriminación genérica $p(x)$. Nuestro objetivo ahora es determinar si el impacto de la revisión judicial en la probabilidad de un error tipo I (y respectivamente en un error tipo II) depende del tipo de regla de competencia empleada en ambos niveles del proceso de adjudicación. Como se ha mencionado anteriormente, una regla de ilegalidad *per se* se correspondería con una función de discriminación en la que $p(x)=1$ con independencia de x , mientras que una regla de legalidad *per se* se correspondería con una función en la que $p(x)=0$ para todo x . En cambio una aproximación basada en los efectos resultaría en una función $p(x)$ decreciente en x . Esto es, la probabilidad de que la práctica sea considerada abusiva será menor cuando su impacto en el bienestar es positivo y grande. En términos formales, $0 < p(x) < 1$ para ciertos valores de x y la pendiente de $p(x)$ sería decreciente con una regla basada en los efectos, una *regla de la razón*.

Nos encontramos con que ambas reglas de decisión, ilegalidad *per se* y legalidad *per se* $(p(x))^2 = p(x)$ para todo x , mientras que $(p(x))^2 < p(x)$ para algunos valores de x bajo una *regla de razón*. Así pues,

Proposición 3. El proceso de apelación no tiene impacto en el coste esperado del error cuando la valoración de una determinada práctica unilateral llevada a cabo por una empresa dominante se realiza con una regla *per se* (ya sea legalidad *per se* o ilegalidad *per se*). Al contrario, el proceso de apelación estrictamente reduce el coste esperado del error con una aproximación mediante una *regla de razón*.

Nótese, sin embargo, que el proceso de apelación ofrecería resultados inútiles si la corte de apelación tuviese que mostrar deferencia por

⁴⁵ Las decisiones de la Comisión se recurren primero ante el Tribunal de Primera Instancia, cuyas sentencias podrán recurrirse después ante el Tribunal Europeo de Justicia (sólo cuestiones de derecho).

el análisis económico de la autoridad de competencia o del tribunal de primera instancia bajo una regla de razón⁴⁶.

D) Revisión judicial y el *Panel del Abogado del Diablo*

Después de sufrir tres revocaciones consecutivas en casos de fusiones en 2002 y 2003, DG Competition decidió invertir en mejorar la calidad y precisión de sus decisiones sobre fusiones y abusos en 2004. En resumen, decidió introducir dos nuevas instituciones: el llamado *Panel del Abogado del Diablo* y el economista jefe de competencia. El *Panel del Abogado del Diablo* está formado por un grupo de funcionarios de DG Competition sin relación previa con el caso, que revisan los argumentos sobre daños desarrollados por el equipo instructor del caso, así como la evidencia empleada en su apoyo. El economista jefe, designado por un período fijo de tres años, «proporciona asesoramiento independiente en los aspectos metodológicos de economía y econometría en aplicación de las reglas de competencia de la UE»⁴⁷.

En lo que sigue, estudiamos bajo qué condiciones este mecanismo de corrección de error «interno» puede ofrecer mejores resultados que el proceso de revisión judicial analizado previamente, con un número de etapas de apelación N igual a 2. En este caso, la probabilidad de que una determinada práctica sea considerada abusiva con el sistema de apelación es $(p(x))^3$.

Reducimos el estudio al caso en el que la agencia de competencia emplea una regla de competencia estándar; por ejemplo, cuando la regla de competencia es tal que $0 < p(x) < 1$ para algunos valores de x . Además, asumimos, como hicimos al considerar el impacto del proceso de apelación, que el *Panel del Abogado del Diablo* y el economista jefe, emplean la función de discriminación $p(x)$ en sus propias valoraciones. También asumimos que el *Panel del Abogado del Diablo* y el economista jefe sólo son requeridos para valorar aquellos casos en los que los instructores consideren que existe un abuso. En otras palabras, dado que las apelaciones mayoritariamente se refieren a empresas condenadas, estas instituciones pueden ser consideradas como instrumentos para minimizar la probabilidad de apelación. Por último, no consideramos en nuestras comparaciones la dimensión de los costes en el proceso de revisión interna y en el proceso de apelación analizado anteriormente.

⁴⁶ Recuérdense que se han excluido todos los errores excepto aquéllos de carácter sustantivo. En realidad, sin embargo, el proceso de apelación puede contribuir también a corregir error de forma, así como errores en los hechos.

⁴⁷ Comisión Europea, en http://ec.europa.eu/comm/dgs/competition/cce_en.htm, descargado en noviembre de 2006.

Los resultados del mecanismo de corrección interna del error dependen del nivel de consenso que se requiera. Consideremos primero que la práctica abusiva sólo puede ser considerada como tal si el equipo instructor del caso, el *Panel del Abogado del Diablo* y el economista jefe, concluyen de forma unánime que la práctica es abusiva. Con unanimidad, la práctica será considerada abusiva con una probabilidad $(p(x))^3$ —tal y como en el proceso de apelación con $N=2$.

Supongamos, al contrario, que las decisiones internas se tomasen de acuerdo a una regla de mayoría. Esto es, la probabilidad de que la práctica sea considerada abusiva es igual a: $(p(x))^3 + 2(p(x))^2(1-p(x))$. Esto es, la probabilidad de que los tres miembros del «comité» consideren la práctica como abusiva más la probabilidad de que dos la encuentren abusiva y el tercero la considere no abusiva. En este caso, la probabilidad de encontrar un abuso es mayor que en un proceso de revisión judicial. En otras palabras, el proceso de revisión interna conlleva más errores de tipo I (y menos errores de tipo II) que el proceso de apelación, *a no ser* que las decisiones se tomen por unanimidad. Nótese que los errores de tipo I serían más probables si la opinión del economista jefe no fuera considerada al mismo nivel que la del *Panel del Abogado del Diablo*. En ese caso, la probabilidad de encontrar que la práctica unilateral bajo análisis es anticompetitiva sería $(p(x))^2 > (p(x))^3$.

5. CONCLUSIONES

Este artículo ha considerado el impacto de la revisión judicial en la eficiencia de la evaluación competitiva de una práctica unilateral desarrollada por una empresa dominante. Hemos visto que el proceso de apelación reduce la probabilidad de que se produzcan errores tipo I, a la vez que aumenta la probabilidad de que se produzcan errores de tipo II. Además hemos demostrado que el proceso de apelación puede ser superior en términos de efectividad al mecanismo de corrección interno en forma de comités internos en la autoridad de competencia. Por último, hemos demostrado que el impacto real del proceso de revisión judicial es función de un estándar legal.

Este artículo deja sin respuesta numerosas cuestiones: el número óptimo de etapas de apelación, la interacción entre el proceso de revisión judicial y el mecanismo de corrección del error interno que la autoridad desee organizar, y tal vez lo más importante, las implicaciones del proceso de aplicación para el diseño de las reglas de competencia. Estas cuestiones serán la base de trabajos futuros.