

## *La Política de Defensa de la competencia: objetivos, fundamentos y marco institucional*

Este artículo justifica la importancia de la Política de Defensa de la competencia (PDC) y explica cómo han ido mejorando sus fundamentos analíticos, desde el paradigma inicial estructura-conducta-resultados hasta la nueva economía industrial. En particular, se analizan tres áreas —las fusiones horizontales, las prácticas colusivas y las restricciones verticales— relacionando los desarrollos analíticos con el cambio en los criterios seguidos por la PDC. Por último, se sintetizan los aspectos relativos al diseño institucional de los organismos de Defensa de la competencia haciendo referencia al Decreto de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia.

*Artikulu honek Lehiaren Defentsarako Politikak (LDP) daukan garrantzia justifikatu nahi du, eta azaldu nahi du, orobat, nola joan diren hobetuz politika horren oinarri analitikoak: hasieran izan zuen egitura-portaera-emaitzak paradigmatic, ekonomia industrial berrira arte. Hiru arlo aztertzen dira —fusio horizontalak, jarduera kolusiboak eta murrizketa bertikalak— bereziki; azterketa horren baitan, analisisian izandako garapena eta LDPk jarraitu dituen irizpideetan izandako aldaketa lotzen dira. Azkenik, lehiaren defentsarako organismoen erakunde-diseinuaren inguruko alderdiak laburbiltzen dira; horrek aukera ematen du Lehiaren Defentsarako Euskal Auzitegia sortzeko dekretuaren gaineko zenbait komentario egiteko.*

This article tries to justify the importance of the Antitrust policy and to explain how its analytical fundamentals have been improved, from the initial paradigm structure-conduct-results to the new industrial economy. Three areas will be analysed —the horizontal mergers, the occlusive practices and the vertical restraint— relating the analytical developments with the change in the criteria followed by the Antitrust policy. Finally it will be given a synthesis about the aspects relative to the institutional design of the antitrust organisms, the fact that allows to make some commentaries about the decree which regulates the creation of the Basque Antitrust Court.

## ÍNDICE

1. Introducción
  2. Fundamentos teóricos de la Política de Defensa de la competencia: el análisis del ejercicio de poder de mercado
  3. Tres casos de comportamientos estratégicos de mercado
  4. Cambios en la valoración de algunas prácticas empresariales
  5. Aspectos institucionales de la Defensa de la competencia
  6. Comentarios al Decreto 81/2005 de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia
- Referencias bibliográficas

Palabras clave: competencia, fusiones, comportamiento colusivo, restricciones verticales, Política de Defensa de la competencia

N.º de clasificación JEL: L40, L41, L42,D40

### 1. INTRODUCCIÓN

Si algún acuerdo se ha alcanzado con respaldo casi unánime entre los economistas en las últimas décadas es que las políticas de oferta juegan un papel fundamental para aumentar la capacidad de crecimiento potencial a largo plazo. Las políticas de oferta constituyen un heterogéneo conjunto de acciones que, por motivos expositivos, pueden agruparse en tres bloques. El primero, que integra aquellos que tratan de mejorar la calidad de los factores productivos, incluye tanto las políticas tecnológicas y de I+D+i (que persiguen mejorar la calidad del capital físico y tecnológico), como las acciones encaminadas a mejorar los niveles educativos y la cualificación de la fuerza de trabajo. El segundo grupo incluye las políticas encaminadas a flexibilizar el fun-

cionamiento de los mercados y van desde las reformas institucionales en los mercados de factores y de bienes y servicios, a las técnicas regulatorias y supervisoras de determinados mercados. Por último, el tercer bloque es un conjunto de iniciativas que tratan de mejorar la demografía empresarial y mejorar el gobierno de las empresas.

Como es claro, la Política de Defensa de la competencia (PDC) se inserta en el segundo bloque y su importancia no ha dejado de crecer en las últimas décadas. La razón es triple. Una primera de carácter teórico: salvo que se sostenga la hipótesis de que la libertad de vender y comprar tiene una categoría constitucional de libertad fundamental —como en el caso del libertarismo del tipo defendido por Nozick—, la única propiedad positiva de

los mercados es su eficacia como mecanismo de asignación de recursos y dicha eficacia es una propiedad que sólo tienen los mercados competitivos, en que los agentes «actúan paramétricamente» respecto a los precios, y cuando no existen fallos de mercado<sup>1</sup>. Por lo tanto, velar para que las empresas actúen de forma competitiva, impidiendo abusos de posición dominante, acuerdos colusivos, decisiones que tratan de impedir o dificultar la entrada de nuevos competidores en el mercado o cualquier tipo de práctica encaminada a restringir la competencia, es un objetivo plenamente justificado en términos de eficiencia asignativa (ver recuadro n.º 1).

La segunda razón que se encuentra tras la creciente importancia de la PDC es de carácter más práctico: las crisis de la década de los años setenta del s. xx pusieron de manifiesto que sólo los mercados flexibles eran capaces de absorber, con mayor rapidez y menores costes, cambios significativos en los precios relativos derivados de una perturbación de oferta. Y los mercados más flexibles son los competitivos, es decir, aquellos en los que no existen comportamientos estratégicos por parte de las empresas.

Y la tercera y última razón se deriva del proceso de internacionalización de los mercados, lo que ha supuesto que el ámbito geográfico de muchos de ellos ha cambiado profundamente pasando a ser mundial. Esto tiene importancia desde dos puntos de vista. En primer lugar, comportamientos anticompetitivos, de

llegar a producirse, pueden tener mayores efectos sobre el bienestar de los individuos que cuando los mercados eran locales o nacionales. En segundo lugar, la inexistencia de autoridades supranacionales de defensa de la competencia (ya que en el caso de Bruselas actúa sobre un mercado único) puede producir problemas de descoordinación que permitan que ciertas decisiones sean efectivas en unos países o áreas económicas y no en otros<sup>2</sup>.

El objetivo de este trabajo es revisar algunos cambios de orientación que se han producido en la PDC en las últimas décadas y discutir sobre ciertos aspectos del marco institucional óptimo de la misma, un tema relevante si se tiene en cuenta que el diseño institucional de los organismos reguladores y supervisores es un aspecto esencial de la calidad de las instituciones públicas —un elemento de peso en la explicación de la competitividad y capacidad de crecimiento potencial de las economías—, y que la PDC se instrumenta en tres niveles —la UE, España y las CCAA—, lo que conduce a que los aspectos de coordinación resulten en este caso más importantes que en otras políticas de oferta.

El artículo se organiza de la siguiente forma. En el epígrafe 2 se explican someramente los tres enfoques analíticos que han tratado de fundamentar el ejercicio de poder de mercado; en el epígrafe 3 se repasan los cambios más importantes en el tratamiento de algunos de los temas estelares de la PDC que, en gran medida, tienen su origen en los desarrollos del epígrafe 2, y, en concreto, se abordan las fusiones, las

---

<sup>1</sup> En caso de fallos de mercado —situaciones en que la asignación competitiva no es óptima por existir efectos externos, información asimétrica, indivisibilidades, etc.— los problemas se sitúan en el área de la política regulatoria y no de defensa de la competencia.

---

<sup>2</sup> El caso más claro sería el largo contencioso de las autoridades estadounidenses y europeas en el caso *Microsoft*.

Recuadro n.º 1

**El mercado y los equilibrios competitivos**

Ya Adam Smith, cuando hace más de 200 años formuló la idea de la mano invisible, manifestó serias dudas sobre el interés de los empresarios en la competencia. Su argumento es tan sólido como casi todos los basados en el sentido común y la observación de la realidad: el interés de cualquier agente no es ser un competidor que actúe paramétricamente respecto a los precios de los bienes que vende o compra y de los factores que adquiere u ofrece. Puesto que el objetivo de las empresas es la maximización del beneficio —o del valor capital—, éste es mayor en el caso de que se tenga una posición de dominio del mercado que si se toman los precios como datos, por lo que una economía de mercado genera incentivos a que los agentes se comporten de forma estratégica y no competitiva.

El que una empresa concreta pueda o no alcanzar posiciones de dominio de mercado más o menos acusadas depende de muchos factores. Ciertos elementos estructurales del mercado pueden facilitar este tipo de comportamientos como, por ejemplo, cuando la demanda y la tecnología utilizada hacen que sólo una o pocas empresas puedan ofrecer el producto a costes medios reducidos, o cuando existen ventajas por parte de alguna empresa respecto a la disponibilidad de materias primas, o de tecnología protegida por una patente. Pero, además, las empresas que actúan en un mercado pueden preferir llegar a acuerdos tácitos de reparto de mercado en vez de embarcarse en una lucha competitiva, llegando a una solución colusiva cercana al monopolio. O pueden erigir barreras a la entrada de nuevos competidores mediante estrategias muy diversas como la proliferación de marcas, la publicidad o la instalación de sobrecapacidad más allá de la necesaria para hacer frente a los aumentos futuros de demanda esperados. Para hacer algo más compleja la situación, algunas prácticas que tienden a considerarse intuitivamente como anticompetitivas, por suponer limitaciones que unas empresas imponen a otras, pueden, en determinadas circunstancias, acercar el equilibrio del mercado hacia el resultado competitivo. Y, a veces, estructuras de mercado caracterizadas por un alto número de empresas, pueden traer consigo equilibrios muy alejados del competitivo (como en el caso de la competencia monopolística), mientras que otras en que existen pocos oferentes pueden conducir a asignaciones competitivas (como en los mercados atacables).

conductas colusivas y las restricciones verticales. En el epígrafe 4, se discuten las características que deben tener instituciones del tipo de los tribunales de defensa de la competencia, lo que permite realizar, en el epígrafe 5, una valoración de algunos aspectos del Decreto 81/2005 de cre-

ación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Como es evidente, los epígrafes 2 y 3, de carácter más positivo, tratan de explicar cómo ha evolucionado desde el punto de vista analítico y práctico la PDC, mientras que los epígrafes 4 y 5 exponen las opiniones del autor sobre la

organización institucional más adecuada de la PDC y son, por tanto, de carácter más normativos y discutibles.

## 2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA PDC: EL ANÁLISIS DEL EJERCICIO DE PODER DE MERCADO

El tema de la PDC y sus fundamentos teóricos y empíricos es casi el paradigma de cómo el diseño y la eficacia de un tipo de política pueden beneficiarse del efecto combinado de tres factores: los desarrollos analíticos de la Economía industrial; la mejora en la información estadística que permite contrastar con creciente precisión nuevas hipótesis de comportamiento de los agentes; y las propias interrelaciones entre los planteamientos teóricos y los empíricos.

La PDC, como es bien sabido, tiene su origen en la Ley Sherman, aprobada por el Senado estadounidense en 1890 en un ambiente de creciente preocupación por la ola de fusiones que afectaba, principalmente, a las industrias siderometalúrgica y química, al transporte ferroviario y a los bancos. Esta preocupación se relacionaba en su origen más con los efectos políticamente perjudiciales de una excesiva concentración de poder económico para el futuro de la democracia que con argumentos de pura eficiencia económica. Es por esto que el ámbito de la Ley fue muy limitado y se circunscribió a la regulación de las fusiones y a los acuerdos de cartelización, sin entrar en otras posibles prácticas anticompetitivas o de ejercicio de poder de mercado.

Pese a su simplicidad, la Ley Sherman instauró dos principios básicos que guiaron durante muchas décadas la acción de la PDC en los temas de cárteles y fu-

siones. El primero, que todo acuerdo de cártel que segmente un mercado era ilegal *per se* sin necesidad alguna de invocar una *rule of reason*; el segundo, aplicado por primera vez en 1904<sup>3</sup> (sigue operativo en nuestros días) que el Gobierno federal tenía potestad legal para fragmentar los activos de una empresa. La aplicación inicial muy activa de estos dos principios condujo a importantes desconcentraciones en los sectores del refino, tabaco o maíz, aunque fracasó en su intento de desconcentrar la industria siderúrgica. En todo caso, medio siglo después de la aprobación de la Ley Sherman, no existía en los EEUU ningún sector industrial importante que tuviera una empresa cuya cuota en el mercado interior alcanzara el 50%.

Es en la década de los cuarenta cuando empiezan a sentarse las bases analíticas de la moderna PDC —más allá de un mero estado generalizado de opinión en contra de la concentración de poder económico—, en cuya evolución pueden distinguirse tres enfoques o paradigmas: el de Estructura-conducta-resultados (ECR); el de la Escuela de Chicago (ECH) y el de la Nueva Economía Industrial (NEI).

### 2.1. El paradigma estructura-conducta-resultados

Se encuentra asociado en sus inicios a los nombres de Mason y Bain en Harvard (1956) y al estudio de casos. La hipótesis básica es que las variables de estructura (las características de la demanda del producto y la tecnología y costes de producción, el grado de concentración, la diversificación, la existencia de barreras a

---

<sup>3</sup> *Northern Securities Co. v. United States.*

la entrada, etc.) determinan la posibilidad de que las empresas ejerzan o no poder de mercado, es decir, su comportamiento competitivo (precio-aceptante), su comportamiento estratégico (colusión, cártel, segmentación, discriminación, etc.), y éste determina, a su vez, el nivel de los resultados obtenidos. Si, por ejemplo, nos encontramos con una industria que opera en mercados cuya demanda es rígida (elástica) y está altamente (poco) concentrada y existen (no existen) barreras a la entrada de nuevos competidores, las empresas podrán ejercer un poder de mercado relevante (escaso) que se plasmará en beneficios unitarios elevados (normales).

Desde el punto de vista analítico, estos resultados provienen de la teoría del oligopolio y la conocida relación inversa entre el índice de Lerner y la elasticidad de la demanda y la relación directa entre índices de resultados y de concentración de Herfindahl<sup>4</sup>. La versión empírica de la hipótesis ECR conduce a ecuaciones en que algún indicador de resultados trata de explicarse en función como mínimo de elasticidades y concentración y permite eludir el problema de encontrar variables que traten de medir el tipo de comportamiento de las empresas.

Desde el punto de vista de la PDC, el enfoque comentado implica que el grado de concentración y el resto de las variables de estructura de un mercado son un indicador privilegiado de potenciales prácticas restrictivas, algo que tiene una aplicación directa en el tema de las fusiones, y que las barreras a la entrada y la proliferación de variedades del producto son también indicativas de posibles comportamientos anticompetitivos.

## 2.2. El enfoque de la Escuela de Chicago

Está asociado a los nombres iniciales de Director o Stigler (1964). La idea central de este enfoque es que el ejercicio de poder de mercado por parte de las empresas solo puede deberse a la existencia de barreras a la entrada porque, de lo contrario, actuarían los mecanismos marshallianos de equilibrio a largo plazo. Sólo en el caso de barreras naturales a la entrada de nuevos competidores, el ejercicio de poder de mercado puede resultar duradero por lo que, si éstas no existen, la única explicación posible al comportamiento no competitivo es la existencia de regulaciones o restricciones públicas que permitan erigir barreras de entrada con carácter indefinido. Incluso, en el límite, un monopolista se enfrenta a la competencia potencial de nuevos entrantes por lo que, en ausencia de regulación, no podrá ejercer su poder de mercado.

Como puede observarse, el modelo de referencia es el de competencia perfecta, hasta el punto de que los partidarios de este enfoque sostienen que, en caso de que existan resultados no competitivos no habiendo barreras a la entrada ni intervención pública, el problema es del analista que, o no ha analizado bien la evidencia (errores de medición, mala especificación de los modelos...) o no ha sido capaz de aplicar adecuadamente la teoría de la competencia perfecta. En suma, la evidencia empírica de poder de mercado no juega papel alguno en la validación o refutación de las proposiciones sobre el comportamiento empresarial: la teoría tiene un estatus superior a la evidencia, si la realidad contradice la teoría: las refutaciones empíricas son irrelevantes.

Pese a este acorazamiento metodológico frente al análisis empírico, la posición

<sup>4</sup> Ver recuadro n.º 2.

Recuadro n.º 2

### El índice de concentración de Herfindahl

El poder del mercado puede medirse por la divergencia entre el precio de un bien o servicio y el coste marginal de producirlo. Existe una amplia evidencia de correlación entre el poder de mercado y el grado de concentración de la industria, por lo que la relación entre ambos es un aspecto fundamental. Los índices de concentración deben cumplir tres propiedades:

1. Las curvas de concentración más cercanas a la diagonal se corresponden con índices de concentración menores,
2. Aumentan si una empresa aumenta su cuota de mercado, y
3. Reflejan los procesos de entrada y salida de empresas en la industria.

También son deseables dos condiciones adicionales: que el índice no varíe si dos empresas intercambian su participación en el mercado y que se cumpla la condición de transferencia de Lorenz, que significa que si una empresa con una determinada cuota de mercado transfiere parte de esa cuota a otra con mayor cuota, el índice de concentración no debe disminuir.

El índice de Herfindahl, el más utilizado para medir el nivel de concentración de un sector, se define como la suma de los cuadrados de las participaciones (cuotas de mercado) de cada empresa en el mercado ( $a_i$ )

$$H = \sum_{i=1}^n a_i^2$$

Los dos factores que influyen sobre el valor de H son: el grado de desigualdad de las cuotas de mercado (su varianza) y el número de empresas en el sector.

El poder de mercado depende de cómo se comporten las empresas al establecer los precios, lo que no depende solo de la cuota de mercado que tengan, porque siempre existe un componente estratégico en el comportamiento que es difícil de predecir o de identificar únicamente mediante información sobre las condiciones estructurales del sector. Por ello, las medidas de concentración resultan más útiles cuando incorporan información acerca de los beneficios observados que cuando incorporan tan sólo información de las condiciones estructurales o de los beneficios esperados.

Los índices de Lerner incorporan información sobre el comportamiento de las empresas, pues miden el margen entre precios ( $p$ ) y costes marginales ( $c_i$ ) para cada empresa o para el conjunto del sector. En el caso más sencillo de competencia oligopolística a la Cournot es fácil demostrar que:

$$L_i = \frac{p - cm_i}{p} = \frac{a_i}{\varepsilon}$$

## Recuadro n.º 2 (continuación)

**El índice de concentración de Herfindahl**

siendo  $\varepsilon$  la elasticidad de la demanda del sector. Agregando para el conjunto de la industria, ponderando por  $a_i$  y bajo el supuesto de competencia cournotiana, obtenemos la siguiente relación entre los índices  $L$  y  $H$ :

$$\sum_i L_i a_i = \frac{\sum_i a_i^2}{\varepsilon} = \frac{H}{\varepsilon}$$

Por tanto, el índice de Herfindahl incorpora información sobre los beneficios reales observados en las empresas.

Los índices comentados son indicadores sencillos de concentración que pueden utilizarse para valorar el poder de mercado en un determinado sector. Pero las conclusiones que, en términos de bienestar, pueden extraerse de los mismos deben ser formuladas con cautela, porque no siempre los precios de monopolio se corresponden con cuotas de mercado elevadas. Por ejemplo:

1. No siempre índices de valor bajo indican situaciones preferibles a índices de valor alto, porque para que se produzcan ganancias de bienestar al aumentar el número de empresas es necesario que el nuevo equilibrio implique menores precios.
2. Las condiciones de funcionamiento de ciertas redes pueden generar situaciones de poder de mercado que poco o nada tienen que ver con los valores de los índices que se acaban de definir.
3. En mercados que funcionan mediante subastas competitivas, el poder de mercado se puede ejercer a través de comportamientos estratégicos relacionados con las reglas de funcionamiento del mercado y no con la estructura sectorial.

En sectores que utilizan redes comunes y existe cierta integración vertical (p.e.: distribución de energía eléctrica), el poder de mercado puede ejercerse a través del dominio de la red y de las condiciones técnicas y económicas para su acceso, más que mediante precios de monopolio en el segmento competitivo.

de Chicago ha hecho mucho a favor de la mejora de la calidad del trabajo empírico, al obligar a sus detractores a ser mucho más cuidadosos en sus estimaciones e interpretaciones para aportar evidencia difícilmente refutable desde el punto de vista técnico.

Por último, en lo que atañe a la PDC, parece evidente que el enfoque comentado no concede valor alguno a la misma, ya que una desregulación generalizada acabaría con los comportamientos anti-competitivos, habida cuenta de que las barreras puramente naturales a la entra-

da de nuevos competidores son muy poco frecuentes y de que la única fuente de monopolio duradero es la intervención pública.

Las diferencias entre el paradigma ECR y la ECH no se limitan al campo académico y se plasman en divergencias sobre la propia concepción y utilidad de la PDC. Para el enfoque ECR, esta política se apoya en la idea de que el ejercicio de poder de mercado por parte de las empresas es el resultado del aprovechamiento por parte de estas de características estructurales de la industria y el mercado. En consecuencia, los TDC deben evitar prácticas (fusiones, reparto de mercados, excesiva diversificación...) que favorezcan el poder de mercado de las empresas. Para la ECH, el ejercicio duradero de poder de mercado solo puede considerarse como una respuesta racional a la intervención pública o a una inadecuada regulación de los mercados. En consecuencia, la PDC es innecesaria y la forma de fomentar la competencia es minimizando la intervención pública y la regulación.

### 2.3. El enfoque de la Nueva Economía Industrial

Está asociado entre otros a los nombres de Tirole y Schmalensee (1982), retoma la idea del paradigma ECR, enriqueciéndolo y centrando el énfasis en el comportamiento frente a la estructura y en las formas en que el mismo afecta a la configuración de la industria haciendo especial hincapié en la generación de comportamientos estratégicos.

La idea central es que la causalidad del paradigma ECR es unidireccional cuando, en realidad, es más compleja.

Por ejemplo, los resultados también pueden afectar a la estructura de los mercados, porque un nivel sobrecompetitivo de beneficios puede utilizarse para generar barreras a la entrada (proliferación, publicidad excesiva, patentes durmientes). También la conducta puede terminar alterando la estructura del mercado, por ejemplo, por la vía de acuerdos colusivos tácitos.

En consecuencia, la NEI supone volver a recuperar la idea de ECR del modelo de oligopolio —o la teoría de la competencia imperfecta— como fundamento de la economía industrial, pero considerando que la explicación hay que buscarla más en las variables de comportamiento que en las de estructura.

Desde el punto de vista de PDC esto conduce al abandono de reglas de actuación automáticas basadas en indicadores simples, porque la aplicación de la teoría de juegos<sup>5</sup> conduce a una multiplicidad de resultados, todos ellos correctos analíticamente, pero entre los que no siempre es fácil elegir el adecuado a cada caso concreto. Los desarrollos generados en la década iniciada en los ochenta en los temas de conductas colusivas tácitas, soluciones naturales de Stackelberg, prácticas reputacionales, etc. son algunos ejemplos relevantes.

Como se ha mencionado anteriormente, la evolución resumida constituye un ejemplo de relaciones fructíferas entre el

---

<sup>5</sup> La aplicación de la teoría de juegos parecía un instrumento idóneo para tratar de modelar situaciones en que dos o más agentes toman decisiones alternativas que afectan a sus resultados y a los de sus competidores y que, por tanto, requieren plantearse el tema de si son más convenientes las estrategias cooperativas o no cooperativas. De hecho, la aparición de la nueva economía industrial se encuentra en buena medida ligada a esta teoría.

análisis teórico, el análisis empírico y la construcción de nuevas bases de datos. Es difícil suponer que los pioneros del enfoque ECR no fueran conscientes del hecho de que la causalidad entre los tres bloques de variables no era unidireccional, habida cuenta de su interés por el análisis de las barreras a la entrada. Sin embargo, no se contaban con los instrumentos analíticos (Teoría de juegos) para poder modelar con precisión los aspectos relativos a la conducta de las empresas en mercados de competencia imperfecta.

Tampoco disponían de datos que permitieran construir indicadores significativos de la conducta, datos que han de ser individuales. La única forma de obviar esto era buscar una justificación analítica que permitiera tender un puente directo entre estructura y resultados, para lo que sí se disponía de información estadística (p.e.: encuestas industriales) que, además, podían tratarse con cierta desagregación (p.e.: sectorial). La aparición posterior de grandes muestras de corte transversal y la aplicación del análisis de regresión a las mismas, fue lo que permitió contrastar las variables que determinan los márgenes precio-coste. Por último, la reciente aparición de los paneles de datos, encuestas repetidas en el tiempo a empresas, ha permitido comenzar a observar el comportamiento a lo largo del tiempo de las empresas en forma desagregada y, por tanto, contrastar algunas inferencias de las nuevas teorías.

Muchas de las hipótesis, interpretaciones y atisbos del enfoque ECR requirieron, por tanto, para depurarse y, en su caso, consolidarse, tanto del instrumental analítico idóneo para discutir comportamientos estratégicos —teoría de juegos—,

como de la disponibilidad de datos que permitieran identificar y encontrar indicadores de dichos comportamientos —los paneles de empresas.

### **3. TRES CASOS DE COMPORTAMIENTO ESTRATÉGICO DE MERCADO**

Los acuerdos entre oligopolistas pueden tomar diversas formas, desde una coalición o cártel en que las empresas llegan a acuerdos explícitos que conducen a repartirse el mercado en cuotas, o los beneficios conjuntos derivados de la imposición de un precio y unos volúmenes de producción, hasta una fusión en que un conjunto de empresas se convierte en una sola asumiendo los costes fijos de todas ellas. O incluso colusiones tácitas en que no es preciso llegar a acuerdos explícitos, porque existen mecanismos que constituyen incentivos endógenos suficientes para que los oligopolistas coludan.

Por otra parte, a medida que la cooperación entre oligopolistas sea mayor, más altos serán los beneficios obtenidos y, por tanto, mayor será la propensión a que entren nuevos competidores en la industria. Esta intuición, no siempre correcta, señala la importancia crucial del tema de las barreras a la entrada de nuevos competidores.

En resumen, abordaremos los problemas internos de los acuerdos entre oligopolistas suponiendo que el número de empresas está dado, y el problema externo crucial de todo oligopolio: cómo poder preservar en el tiempo una situación de beneficio extraordinario que no sea erosionada por la entrada de nuevas empresas en la industria.

Tres ejemplos, entre otros muchos posibles, de este tipo de relaciones y su influencia sobre la PDC son el *Modelo de empresa líder* —relevante para el caso de colusiones tácitas—, el *Modelo de precio máximo que previene la entrada* —aplicable a barreras a la entrada derivadas de comportamientos estratégicos— y el *Modelo de acuerdos entre oligopolistas* con dificultades de observación de las variables relevantes —significativos de cómo la misma evidencia puede interpretarse de forma muy distinta en el tema de posibles acuerdos implícitos de cartelización.

### 3.1. El modelo de empresa líder

Como es bien sabido, el modelo original de empresa líder (EL) es el de una empresa que tiene ventajas significativas de costes sobre el resto de empresas menores, también llamadas franja competitiva, de forma que considera que las restantes empresas tendrán que actuar paramétricamente respecto al precio que ella fije igualando el mismo a sus costes marginales. En consecuencia, la EL determinará un precio de monopolio sobre la demanda residual —es decir, la demanda total de mercado menos la oferta competitiva de las restantes empresas— que será seguido por éstas, resultando en márgenes precio-coste positivos, cercanos a los de monopolio para la EL (Ono, 1982)<sup>6</sup>. Incluso puede suceder que el índice de concentración no arroje valores

muy elevados, porque existan muchas empresas pequeñas y, por tanto, la cuota de mercado de la EL no sea muy elevada<sup>7</sup>.

La crítica inmediata es que si la EL tiene suficiente ventaja de costes, preferirá —y podrá— expulsar a la franja competitiva convirtiéndose en monopolista; y si no tiene suficiente ventaja, la franja no aceptará el liderazgo en precios.

Este *impasse* cambió radicalmente cuando se planteó, en términos de juegos, el sentido de las soluciones asimétricas tipo Stackelberg<sup>8</sup>, es decir, de la existencia de líderes, en el duopolio con empresas de igual tamaño (Spence, 1977, 1979; Dixit, 1979, 1980). Por una parte, si se suponen empresas idénticas pero una de ellas se instala antes que la otra, se obtiene como única solución la de liderazgo de la empresa que primero se instala.

Por otra parte, suponiendo empresas idénticas pero con distinta información, bien sobre la demanda (Rottenberg y Saloner, 1990) bien sobre el componente aleatorio de los costes (Albaek, 1990), surgen en muchas situaciones soluciones en las que es beneficioso para las dos empresas que una de ellas —la que tiene mejor información— actúe como líder en la fijación de precios. Con los nuevos instrumentos, las

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, una EL con una cuota del 40% y una franja competitiva de 60 empresas con cuotas del 1%, arrojaría un índice de Herfindahl que apenas superaría 1.600.

<sup>8</sup> Frente a la solución de oligopolio de Cournot en que ninguna empresa es líder —todas toman como dadas las cantidades ofrecidas por las demás—, la solución de Stackelberg supone que una empresa adopta la posición de liderazgo, por lo que sus competidores determinan la producción en función de la libremente decidida por ella. Como es obvio, la empresa líder obtiene mayores beneficios que las seguidoras y si todas las empresas tienen la misma tecnología y tamaño es difícil justificar que una de ellas pueda convertirse en líder.

---

<sup>6</sup> En términos prácticos, de política de defensa de la competencia, el tema es si la observación de que en una industria una empresa concreta hace públicos sus movimientos de precio y siempre resulta seguida por el resto de los productores, puede considerarse como evidencia de comportamiento colusivo o no.

situaciones de liderazgo son posibles entre empresas que carecen de ventajas relativas de naturaleza tecnológica o de costes, pero que presentan ventajas en otros aspectos tales como haber llegado antes al mercado o disponer de mejor información sobre aspectos relevantes de la actividad.

### 3.2. El modelo de precio máximo

En la versión original del modelo de precio máximo que previene la entrada (Bain 1956; Modigliani, 1958; Sylos-Labini, 1962), la empresa instalada amenaza con lanzar un volumen de oferta de forma que si se produce la entrada de un competidor adicional, éste tendrá que hacerlo con un volumen de producción que hará caer el precio hasta el punto de anular su beneficio extraordinario y el del instalado previamente, disuadiendo por tanto la entrada. El problema es que esta supuesta barrera constituye una amenaza no creíble para el entrante potencial, porque, en caso de producirse la entrada, al instalado le sería más beneficioso no cumplir la amenaza —porque anularía sus beneficios— que acomodarse a un régimen de duopolio con beneficios positivos. Es preciso dotar de efectos dinámicos a la determinación de precios, o suponer que el instalado hace frente a una amenaza de entrada *secuencial*, para que la mera fijación de precios pueda constituir una barrera.

Esto, entre otros desarrollos analíticos, ha sido el origen de los modelos de reputación (Kreps y Wilson, 1982; Milgrom y Roberts, 1992; Stenbacka, 1990) en los que la determinación de precios por el instalado y la amenaza de desencadenar una lucha de precios persigue convencer a los potenciales entrantes de que está

dispuesto a luchar contra ellos y, por tanto, puede conducir a reducir el número final de entrantes en caso de no poder bloquear la entrada.

Si suponemos que el entrante va a hacer frente en cada período del juego a un intento de entrada es posible que le compense asumir decisiones no beneficiosas en los primeros períodos para crearse una reputación de que cumple la amenaza de luchar contra cada entrante y evitar así la aparición de los mismos a partir de un cierto momento, desde el que podrá obtener los beneficios de monopolio.

### 3.3. El modelo de acuerdo entre oligopolistas con dificultad de observación por el mercado

Las empresas oligopolistas tienen poder de determinación de los precios, lo que diferencia al oligopolio de la competencia. Por otra parte, existe más de una empresa, de forma que cada una de ellas tomará sus decisiones bajo hipótesis respecto a cómo actuarán sus competidoras o a cómo reaccionarán las mismas cuando ella se comporte de una determinada forma.

En suma, la clave diferencial del oligopolio se encuentra en el hecho de que las empresas han de tener en cuenta la competencia que suponen los restantes oligopolistas (y también los potenciales competidores que podrían entrar en la industria), lo que implica la existencia de comportamientos estratégicos.

La importancia del oligopolio no radica tan sólo en el posible comportamiento estratégico de los productores, sino también en el hecho de que se trata de la forma de organización de la industria más

frecuente en la práctica, un fenómeno acelerado en las últimas décadas por las transnacionalización de muchas actividades productivas.

El último ejemplo elegido es un modelo en el que existe un acuerdo entre los oligopolistas de restricción de la oferta que es controlado a través de la observación del precio, que es borrosa en el sentido de que viene afectada por una variable aleatoria (Green y Porter, 1989). El cártel fija un precio-umbral de forma que si el observado es mayor, los oligopolistas siguen cumpliendo la restricción de oferta. Pero en el momento en que se observe un precio inferior al umbral, las empresas reaccionarán expandiendo su oferta (compitiendo entre ellas) durante un cierto número de periodos, pasados los cuales, volverán a restringir su oferta (cooperar). Bajo condiciones bastante generales, se demuestra que ninguna empresa encuentra beneficioso romper el acuerdo colusivo, por lo que si se observa un precio inferior al umbral las empresas saben que ha de deberse a un shock de demanda. Lo importante del modelo es que permite dar una interpretación radicalmente distinta en términos de PDC del caso de un oligopolio en el que se observan episodios frecuentes de caídas de precios, no explicables por cambios de los costes o de la demanda, seguidas de elevaciones subsiguientes sin que haya habido modificaciones ni de costes ni de demanda. Antes de disponer del tipo de modelos comentado, esta evidencia se interpretaba como el caso de un oligopolio en el que las empresas instaladas hacen frente con frecuencia a empresas potenciales entrantes (lo que obliga a las instaladas a rebajar por largos periodos de tiempo el precio y, por tanto, las acerca a un comportamiento competitivo) con prácticas

predatorias pero transitorias que desaparecían una vez que aquellas desistían de entrar. Este comportamiento se interpreta ahora como un mecanismo de la colusión tácita que genera los incentivos precisos para su mantenimiento, es decir, un comportamiento que funciona como un cártel con una apreciable disciplina.

Debemos subrayar que estos desarrollos analíticos basados en la teoría de juegos no proporcionan una teoría general de las barreras o de las colusiones tácitas, pero esto es inevitable porque tal teoría no existe. No obstante, proporcionan un amplio abanico de sólidas hipótesis sobre aquellas características de los mercados que facilitan prácticas restrictivas de la competencia o sobre la forma de interpretar adecuadamente la evidencia empírica.

El caso del modelo de observación borrosa del precio ya ha sido comentado desde este punto de vista. En cuanto a los desarrollos del modelo de EL, indican que las ventajas de información pueden dar lugar a situaciones de liderazgo y que, por tanto, cuando se analicen mercados en que las empresas tienen distinta información sobre la situación real de la demanda o de los costes, habrá que analizar con detalle este tipo de ventajas porque, dependiendo de su importancia cuantitativa, pueden favorecer la aparición de colusiones tácitas contrarias a la competencia. Por su parte, los desarrollos del modelo de precio máximo que impide la entrada deben generar cautelas respecto a que las prácticas predatorias carezcan de sentido si se trata de situaciones en las que el logro de una reputación frente a potenciales futuros entrantes puede ser beneficioso. Ello hace necesario analizar las características del proceso secuencial de aparición de potenciales empresas entrantes, antes de decidir

si determinados comportamientos de las empresas instaladas constituyen o no prácticas predatorias preventivas.

#### 4. CAMBIOS EN LA VALORACIÓN DE ALGUNAS PRÁCTICAS EMPRESARIALES

Los desarrollos esbozados en el epígrafe precedente, han conducido a modificaciones significativas en la interpretación de las prácticas restrictivas de la competencia por parte de los TDC, en temas como los acuerdos entre empresas, las fusiones y las restricciones verticales, entre otros.

##### 4.1. Fusiones horizontales

Una posibilidad de mejorar el beneficio obtenido por las empresas respecto a la situación de oligopolio no colusivo es, si el acuerdo entre oligopolistas resulta imposible por los motivos que sea, la fusión o integración horizontal de varias empresas que, dependiendo de la estructura de costes, puede implicar el cierre de todas las empresas fusionadas menos una (la de menores costes para el tramo de producción relevante) y la asunción de los costes fijos de todas, o el cierre sólo de algunas y el mantenimiento de las abiertas como establecimientos de una única empresa.

En sus inicios, la PDC aplicaba una regla mecánica para determinar el carácter potencialmente sospechoso de restringir la competencia de una fusión: si el índice de concentración de Herfindahl<sup>9</sup> resultante superaba el valor de 1.800 se abría una investigación de oficio que, en la mayoría de los casos, conducía a la

prohibición. Como toda regla mecánica, resulta fácil criticarla por su simplicidad, ya que permite, por ejemplo, calificar como situación competitiva un oligopolio con seis empresas iguales ( $H=1.667$ ), pero no uno con 5 ( $H=2.000$ ); o que podría dar lugar a que en un sector con siete empresas en el que  $H < 1.800$ . Bastaría con que se fusionen las dos de menor cuota de mercado para que el índice superase ampliamente la cota crítica.

Pero existen, además, razones analíticas para no confiar sólo en la información que proporciona el grado de concentración. Hace ya casi cuatro décadas Williamson (1968) señalaba que la concentración podía ser el resultado de una mayor eficiencia, en el sentido de que las empresas más eficientes terminarían expulsando del mercado a sus competidoras menos eficientes como consecuencia, precisamente, de la propia competencia. La evidencia señala que las relaciones entre competencia, medida por los márgenes de resultados, y concentración no son lineales. Por ejemplo, no es infrecuente que la relación entre resultados y concentración tenga forma de U invertida, indicando que en las etapas iniciales de concentración ésta se produce en detrimento de la competencia pero que, a partir de que las empresas han alcanzado tamaños mayores, los aumentos de concentración vienen acompañados de mayor competencia, en el sentido de menores márgenes<sup>10</sup>. Esto ha traído consigo

<sup>9</sup> Ver recuadro n.º 2.

<sup>10</sup> En general, siempre que en un mercado pueda observarse que las empresas obtienen tasas de beneficio extraordinarias de forma duradera, existe evidencia de que la competencia se encuentra en alguna medida dificultada o impedida, pues de lo contrario el capital se habría dirigido hacia dicho mercado, aumentando la oferta del producto y acercando los beneficios a su nivel normal competitivo.

que la PDC preste cada vez más atención a los motivos económicos, tecnológicos y de demanda de las fusiones y a sus efectos sobre los márgenes más que a los efectos sobre el grado de concentración de la industria, máxime si se trata de sectores regulados<sup>11</sup>.

Aparte de lo señalado en este campo las dos modificaciones más importantes que se han producido son: profundizar en un análisis más preciso de las características de la demanda, y establecer la correcta definición del mercado relevante para la fusión. Respecto a la primera, es paradigmático el caso de la industria de aviones a reacción de uso civil de gran cabida, formada a escala mundial por solo dos empresas (Boeing y Airbus), cuyo  $H$  se sitúa en torno a 5.000 y en la que, sin embargo, la competencia es muy alta. Factores bien conocidos de discontinuidad temporal en grandes bloques de la demanda, junto a *costes hundidos* previos de diseño, prototipos, etc. garantizan la competencia, que no se vio mermada por la fusión entre Boeing y McDon Douglas, aceptada en un contexto en el que  $H > 3.500$ .

En cuanto a la definición de mercado relevante, de producto y geográfico, es inmediato constatar su importancia para el mero cálculo de las medidas de concentración y es preciso señalar: a) en un mundo en el que la diferenciación de producto es cada vez más acusada, el mercado relevante viene determinado por la existencia de sustitutos suficientemente próximos, lo que exige estimaciones precisas de elasticidades cruzadas de demanda;

b) también, en un mundo en que las demandas nacionales tienden a homogeneizarse y las barreras al comercio a reducirse, la amplitud del mercado relevante puede cambiar con frecuencia e intensidad (mercados vistos en sentido dinámico); c) y, conectado con los dos apartados anteriores, las dificultades analíticas para definir el tamaño del mercado en el caso de industrias de red y en las actividades relacionadas con la «nueva economía».

Aunque como resultado de los desarrollos comentados las posiciones de las autoridades de defensa de la competencia se han suavizado en términos relativos respecto a las fusiones, es de destacar que las dos desintegraciones verticales más importantes en la historia de la PDC se han producido en los EEUU en pleno apogeo de las ideas de Chicago: la de Bell Co. a comienzos del primer mandato de Reagan, y la de Microsoft al final de la era Clinton. Llama la atención, desde este punto de vista, la posición más permisiva en el tema de las autoridades de la PDC comunitarias autorizando, entre otras, la *joint venture* entre Silicon Carbide, Saint Gobain y Wacker-Chemie (1996) o la Microsoft-Telewest (2000), aunque en el caso europeo es difícil no tener en cuenta el pequeño tamaño relativo inicial de muchas empresas relevantes en campos donde la competencia con los EEUU es crucial.

#### 4.2. Conductas colusivas

En este tema cabe considerar dos posibilidades: las colusiones explícitas, que requieren intercambio de información explícito entre las empresas —cuyo ejemplo extremo es la cartelización del

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, en el caso del mercado mayorista del sector eléctrico español, cabe pensar que podría haber más competencia entre 3 empresas si una estuviera larga, otra corta y otra equilibrada, que entre 4 si todas estuvieran equilibradas.

mercado<sup>12</sup>— y las implícitas, que tienen lugar cuando las propias características de las empresas y/o el mercado conducen a situaciones en que resulta beneficioso aceptar el liderazgo de alguna empresa sin que esto requiera un acuerdo explícito.

El hecho de que las colusiones explícitas estén prohibidas en todas las legislaciones, que requieran intercambio de información fiable y, también, que garanticen una disciplina en el cumplimiento de los acuerdos cuando pudiera ser beneficioso para cada empresa individual actuar como *free riders*, ha hecho que los casos de cartelización sean menos frecuentes con el paso del tiempo, aunque existan ejemplos llamativos. En términos generales, las sospechas en este caso se centran en el intercambio de información «excesivo» que puedan proporcionar instituciones de carácter asociativo o patronal. Una información periódica general sobre la marcha del sector, incluyendo análisis de coyuntura y expectativas de evolución de la actividad, demanda, empleo y precios suele considerarse razonable, pero si la información es sobre precios efectivos y detallada por puntos de venta, lo que exige conocer el precio de venta de cada empresa en cada mercado, o sobre cuotas de mercado, o incluye recomendaciones tales como la no práctica de descuentos, no es difícil sospechar que puede tratarse de información enca-

minada a que los miembros de la asociación puedan comprobar el comportamiento de sus competidores y, por tanto, sus desviaciones respecto a posibles acuerdos.

No obstante, como se comentó en el epígrafe precedente, el mayor énfasis en fechas recientes se ha dirigido al análisis de las colusiones tácitas: aquellas que para llevarlas a cabo no se precisa intercambio de información entre los agentes. Este es uno de los campos en que la diferencia entre escuelas ha sido más radical. En el paradigma ECR no se planteaba el problema de las colusiones tácitas, porque la preocupación eran las de carácter explícito, es decir los cárteles, y el énfasis se dirigía hacia el análisis de las características estructurales que favorecían o dificultaban a priori los posibles acuerdos entre oligopolistas. Por su parte, la escuela de Chicago siempre ha mantenido posiciones reticentes respecto a la importancia de los acuerdos colusivos, destacando la dificultad de conservar la disciplina de cártel. En caso de que la disciplina se derivara de las ventajas de unas empresas respecto a otras, si éstas eran suficientes las empresas más eficientes terminarían expulsando a las menos eficientes —lo que es positivo— y si no lo eran la disciplina sería muy difícil de mantener, salvo que se pudiera detectar con rapidez a los *free riders* y se les pudiera castigar. La aportación fundamental de la NEI en este terreno ha sido destacar la posibilidad de que ventajas de tipo informativo o de experiencia, que no se materializan en ventajas de costes ni de eficacia en la gestión, pueden dar lugar a situaciones en las que es beneficioso para todas las empresas aceptar implícitamente el papel de líder de alguna de ellas. Ello ha dado lugar a que la PDC se

<sup>12</sup> El modelo clásico de cártel señala cuatro tipos de problemas para mantener la disciplina interna del mismo. El primero, la identificación del conjunto de posibles acuerdos entre los oligopolistas; el segundo, la elección de uno de los puntos posibles de acuerdo, es decir, el problema del reparto de las cuotas o los beneficios; el tercero, la detección de los potenciales transgresores del acuerdo (*free riders*) y, por último, la posibilidad de penalización de los transgresores.

haya hecho más sensible al análisis de las características de las empresas hasta entonces no consideradas relevantes y ha llevado a utilizar modelos más complejos de comportamiento dinámico de los precios tratando de establecer relaciones de causalidad temporales que aporten evidencia sobre este tipo de conductas colusivas.

### 4.3. Restricciones verticales

Esta es un área especialmente compleja de la PDC, tanto por la variedad de prácticas que comprende como por la propia interpretación de algunas de ellas, no siendo fácil obtener reglas de carácter universal y, por ello, se han producido cambios significativos de énfasis en las últimas décadas.

Sin ánimo censal, pertenecen a este grupo todos los acuerdos entre agentes relacionados verticalmente —fabricante y distribuidor, mayorista y minorista— que excluyen ciertas prácticas o limitan sus decisiones. Ejemplos frecuentes son: los acuerdos de exclusividad, la limitación geográfica a los comercializadores o la fijación de un precio de reventa por el productor.

La posición inicial de la PDC fue especialmente suspicaz respecto a estas prácticas porque implicaban restricciones a la libertad de decisión de los agentes, es decir, se plasmaban en intercambios condicionados. Por ello, hasta finales de la década iniciada en 1970, las reglas utilizadas fueron mecánicas y fuertemente penalizadoras: cualquier restricción que afectara a un vendedor con una cuota de mercado superior al 10% o a un comprador con una cuota superior al 6% se consideró automáticamente como res-

trictiva de la competencia y, por tanto, se exigía la desintegración del acuerdo vertical *per se*, sin necesidad de utilizar argumento adicional alguno.

La dificultad de interpretación de estos acuerdos como restrictivos o no de la competencia proviene de que, siendo cierto que constituyen limitaciones a la libertad de decisión de los agentes y, por tanto, pueden utilizarse como forma de aumentar el poder de mercado, también pueden, en ciertos casos, ayudar a eliminar efectos externos negativos de una doble relación vertical previa al demandante final —que no tiene lugar en una relación directa entre el fabricante-comercializador y el usuario último— o bien perseguir la mejora en la información de los consumidores. En este sentido, la teoría de los costes de transacción permite justificar la existencia de actividades integradas verticalmente en una empresa si los costes y beneficios de las transacciones entre esas actividades (efectuadas por empresas independientes), así lo aconsejan<sup>13</sup>.

Por todo ello, las dos décadas finales del s. xx presenciaron un cambio significativo de las posiciones descritas apoyado en tres argumentos:

En primer lugar, que la fijación del precio final de venta por el fabricante al minorista, es decir, la prohibición de descuentos,

---

<sup>13</sup> Se han identificado cinco atributos implícitos de los contratos que determinan unos costes mayores cuando se hacen entre empresas distintas que cuando se hacen mediante una actividad económica integrada en una única empresa. Estos atributos son: 1. La especificidad de las inversiones requeridas para cumplir el contrato; 2. La frecuencia y la duración de transacciones similares; 3. La complejidad y la incertidumbre asociadas a la transacción; 4. La dificultad de medir el grado de cumplimiento de cada contrato; 5. Los efectos externos que una transacción puede generar respecto a otras transacciones de terceros.

y, en el caso de bienes duraderos, la exclusividad, pueden ayudar a mejorar la información obtenida por los consumidores e incentivar la prestación de servicios post-venta de mayor calidad<sup>14</sup>.

En segundo lugar, que los efectos de la discriminación sobre el bienestar son ambiguos y dependen crucialmente de elasticidades y márgenes precio/coste relativos en cada mercado separable, de forma que no es posible aplicar en estos temas la regla *per se*.

Por último, que en caso de que los bienes se utilicen en proporciones fijas, no existe aumento del poder de mercado derivado de una integración vertical de facto. Como resultado de estas argumentaciones, la posición dominante en PDC pasó a ser bastante tolerante con los acuerdos verticales y, sobre todo, se abandonaron las reglas automáticas en términos de cuotas de mercado utilizadas anteriormente y se exigió en todos los casos el uso de una *rule of reason*.

Simplificando la discusión, cabe distinguir dos problemas fundamentales en el campo de los acuerdos verticales restrictivos. El primero es determinar si el objetivo de dichos acuerdos consiste en dificultar la entrada de nuevos competidores. Por ejemplo, la exigencia de que un distribuidor tenga que adquirir la gama entera de productos del fabricante

puede tener cierta justificación en términos de costes de información y garantía de calidad, pero también puede permitir la existencia de subsidios cruzados entre distintos productos de una misma marca que favorezcan la sostenibilidad de un mono(oligo)polio. O, por ejemplo, la exclusividad de los distribuidores se encuentra justificada en el caso de ciertos bienes duraderos de consumo —paradigmáticamente automóviles—, pero también puede ser una práctica encaminada a que un nuevo fabricante tenga que asumir, antes de poder operar, el coste de crear una cadena de distribución propia que ya ha sido amortizada por los fabricantes instalados.

El segundo punto fundamental es determinar si los acuerdos persiguen o no facilitar la discriminación de los consumidores. El caso más claro de esta práctica lo constituyen los acuerdos de restricción geográfica de los distribuidores que, al facilitar la segmentación geográfica del mercado de un producto, pueden dar lugar a precios distintos cuya diferencia no se encuentra justificada por la diferencia de costes de transporte y seguro.

A partir de mediados de la última década del s. xx, se produjo un nuevo movimiento en la dirección más restrictiva, aunque sin llegar al uso generalizado de la regla *per se*. En parte, dicho cambio fue provocado por el desarrollo de modelos teóricos que permitieron calcular de forma más precisa los efectos sobre el bienestar de la discriminación de ciertas restricciones verticales; en primer lugar, por la posibilidad de que algunas restricciones como, por ejemplo, la fijación de precios de venta por el fabricante a los distribuidores, podía ser utilizada como instrumento para mantener la disciplina

<sup>14</sup> La fijación de un precio de venta permite solucionar el problema de maximización del beneficio conjunto, teniendo en cuenta los costes de ofrecer la información a los consumidores. La oferta de dicha información por parte de los distribuidores es lo que permitirá obtener el volumen de ventas que maximice su beneficio, ya que un distribuidor que no ofreciera información vería anularse sus ventas al no tener los consumidores incentivo alguno a comprar a quienes no ofrecieran la información (sería más costoso en términos de tiempo) porque el precio sería igual en todos los distribuidores.

de hipotéticos acuerdos colusivos; en segundo lugar, por el hecho de que si las proporciones en que se utilizan los bienes, o componentes, son variables, las restricciones verticales permiten aumentar el poder de mercado.

En resumen, tal y como ha sucedido en otros temas centrales de la PDC, frente a una posición inicial muy suspicaz respecto a cualquier tipo de acuerdo basada en la idea de que toda restricción contractual limita la libertad de las partes, el péndulo se desplazó hacia posiciones muy permisivas para, más tarde, volver a oscilar hacia interpretaciones de mayor exigencia pero basadas en un análisis económico más preciso y centrado en el tipo de comportamiento de los agentes y no sólo en peculiaridades de la estructura del mercado.

## 5. ASPECTOS INSTITUCIONALES DE LA PDC

Tras este resumen de los objetivos y fundamentos de la PDC, pasaré a discutir algunos problemas de ámbito institucional relativos a la organización de las funciones de la PDC.

El modelo europeo de PDC se caracteriza por la existencia de tribunales de defensa de la competencia (TDC) que son agencias públicas competentes en estos temas que, en general, carecen de competencias jurisdiccionales directas en la medida en que sus propuestas deben ser refrendadas por el poder ejecutivo, siendo susceptibles de distintos tipos de recursos por la vía contencioso administrativa. Este no es el único modelo posible, porque en el caso estadounidense, son los tribunales ordinarios los que entienden de temas de PDC, pero, por razones

obvias, se restringirá la discusión al caso europeo.

La posición que voy a mantener sobre el diseño institucional más deseable de los órganos de defensa de la competencia es, desde mi punto de vista, válida para un conjunto bastante amplio de instituciones públicas que tienen competencias reguladoras, o supervisoras o jurisdiccionales y que abarcan desde Comisiones de carácter sectorial (p.e.: Telecomunicaciones, Energía), o agencias reguladoras y supervisoras (p.e.: Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores), o tribunales como el TDC o el de Cuentas. Algunas de estas instituciones son de carácter exclusivamente estatal, mientras que otras, como la que nos ocupa, tienen también sede autonómica.

La eficacia de este tipo de instituciones, que permite en último extremo que funcione una economía de mercado adecuadamente —desde el punto de vista de la eficiencia y del bienestar general— depende de su *prestigio* y *credibilidad*, lo cual exige cumplir cuatro características: competencia técnica, independencia, neutralidad y transparencia.

### 5.1. Competencia técnica

Se trata de algo aparentemente tan simple como que los miembros del TDC y de sus servicios sean expertos en el tema, pero la experiencia demuestra que esto no siempre es fácil de conseguir, porque exige que las fuerzas políticas sean conscientes de la importancia real de la institución y no sigan la práctica, no infrecuente, de nombrar a personas con independencia de sus conocimientos y profesionalidad en la materia que se trate. En el caso de los Gobiernos la

motivación de esta laxitud es doble. Por una parte, en la medida en que la decisión final es del Gobierno y, con frecuencia, éste considera que tiene un componente político sustancial, tiende a subestimar la necesidad de unas argumentaciones de calidad que, a su vez, puedan hacer más difícil decisiones en contra de la recomendación del TDC. Por otra parte, los Gobiernos tienden a ser muy suspicaces respecto a instituciones que, en último extremo, imponen algún límite al ejercicio de su discrecionalidad. Por su parte, la oposición suele criticar los nombramientos —al margen de su competencia técnica—, pero no se trata de una crítica sustantiva puesto que probablemente ella haya actuado de la misma forma cuando estuvo en el Gobierno y (posiblemente) piensa hacer lo mismo cuando vuelva a estarlo. La solución de este problema, si existe, solo puede venir por la manera de nombrar a los miembros del TDC y los filtros exigidos para ello, algo que tiene relación con el siguiente punto.

## 5.2. Independencia del poder político

El punto que se suele destacar como central en este tema es que la estabilidad del TDC debe estar desligada del ciclo político, lo que implica que los nombramientos de su presidente y vocales o consejeros deben ser por plazos distintos y mayores, en el caso español, a los cuatro años. Siendo importante este aspecto, y defendiendo su mantenimiento, ya que es así en la casi totalidad de los organismos supervisores y reguladores, no parece sin embargo el más importante. Un nombramiento por un periodo, por ejemplo, de seis años sólo asegura que un nuevo Gobierno tendrá que aceptar, de

media, dos años en el TDC las personas nombradas por el anterior ejecutivo, pero esto por sí mismo no los hace más independientes.

Desde el punto de vista de la independencia es mucho más importante, en mi opinión, que los cargos no sean renovables. Es inevitable que alguien que desee ser renovado, lo que constituye un deseo lícito, trate de favorecer su renovación y ello puede socavar su independencia de juicio en la etapa final de su primer nombramiento. Quisiera destacar que, en mi opinión, no se consigue nada limitando el número de posibles renovaciones, como suele ser habitual e, incluso, si se opta por la renovación sería mejor no limitarla debido a la escasez de candidatos adecuados y al valor de la experiencia en instituciones cuya tradición y solidez es fundamental.

Si se está de acuerdo en que la posibilidad de renovación atenta contra la independencia personal y que no es fácil encontrar candidatos idóneos<sup>15</sup>, una conclusión obvia es que los plazos de nombramiento deberían ser más largos que los actuales, casi siempre de seis años. Un plazo de ocho años, para un cargo sin posibilidad de revocación más que en condiciones muy tasadas, puede parecer excesivo, pero, por ejemplo, un plazo de cinco renovable una vez es normal que termine siendo un periodo de diez años con menoscabo de la independencia.

Un segundo aspecto de la independencia tiene que ver con el tipo de vinculación de la institución con el poder político.

---

<sup>15</sup> Por un cúmulo de circunstancias, algunas evitables como son las remuneraciones y otras más difíciles de obviar, como las incompatibilidades previas y, sobre todo, las posteriores al desempeño del cargo.

Existen diversos modelos de vinculación que van desde la adscripción a la Jefatura del Estado, hasta al Ejecutivo o al Parlamento. Obviando la primera en el caso español, la dependencia funcional del poder ejecutivo puede plantear problemas aunque, en ciertos casos, resulta imprescindible si la institución no tiene capacidad de ejecutar (*enforcement*) sus decisiones. En el caso del Banco de España, por ejemplo, sus posiciones y actuaciones en el campo de la política monetaria son independientes del Gobierno, pero su actividad supervisora conduce a propuestas de resolución —en su caso sanciones que pueden llegar a la intervención de una entidad de crédito o a la desaparición de la misma— que han de ser aprobadas bien por el Ministerio de Economía y Hacienda, bien por el Gobierno.

No todas las instituciones supervisoras y reguladoras deben tener sus propios medios de ejecución ajenos al poder ejecutivo, pero sí creo defendible esta posición en el caso de los TDC. Expresado en otros términos, es defendible que las decisiones de los TDC sean ejecutivas, estando sometidas a los recursos que la legislación española concede a los afectados frente a cualquier decisión sancionadora tanto si emana de la Administración Pública como si proviene de los tribunales ordinarios de justicia.

Si se defiende, como es el caso, la mayor independencia posible de la PDC respecto al poder ejecutivo, es claro que los controles públicos han de implicar cierta dependencia del Parlamento. Esta dependencia puede criticarse por considerar que puede politizar el funcionamiento del TDC. Sin embargo, una organización cuyos ejecutivos son nombrados por períodos muy largos, que no son revocables

salvo en condiciones muy tasadas<sup>16</sup> y tienen gran independencia en sus decisiones respecto al poder ejecutivo, corren el riesgo de escapar a todo tipo de control, aparte del judicial.

Por ello parece sensato que los candidatos o ocupar puestos ejecutivos en la PDC deban superar el filtro de unas sesiones parlamentarias públicas en las que se analice —con todo detalle y exclusivamente— su idoneidad técnica y profesional y los posibles conflictos de interés que impliquen un riesgo en términos de su posible judicialización. Esto, además, tendría el efecto beneficioso de inducir a que se eligieran con más cuidado los candidatos ya que deben demostrar públicamente que son merecedores del puesto para el que son propuestos por sus conocimientos técnicos y su formación profesional específica.

### 5.3. Neutralidad y conflictos de interés

Aquí el primer objetivo es lograr la coherencia de las actuaciones y el tratamiento simétrico de los afectados por las decisiones de los TDC. Este tipo de instituciones públicas debe contar con el respeto de los agentes afectados por sus actuaciones y para ello es imprescindible que éstos tengan la certeza de que un competidor, si estuviera en sus mismas circunstancias, sería tratado de igual forma que le tratan a él. Lograr esto implica no solo poseer competencia técnica y consolidar criterios sistemáticos por parte de los TDC sino, además, la ausencia de conflictos de interés presentes o futuros en sus miembros. Este es un tema sustancial pero difícil de garantizar.

---

<sup>16</sup> Simplificando: actuaciones delictivas, incompatibilidades sobrevenidas o incapacidad física o mental.

Los conflictos de interés debidos a las vinculaciones profesionales previas al nombramiento son más fáciles de obviar y la legislación española es adecuada, aunque su cumplimiento debería generalizarse a todos los organismos supervisores, reguladores y jurisdiccionales. En lo esencial, una persona competente es difícil pensar que no haya tenido relación alguna profesional con el sector o materia propia del organismo. Esto es evidente en los casos de instituciones relacionadas con el mundo financiero o con sectores de actividad concretos, pero la relación es más tenue en el caso de la PDC por su carácter transversal. Parece, por tanto, que la exigencia de administración ciega de patrimonio, incluyendo la previa liquidación o posterior inmovilización de los activos cuya valoración pueda verse afectada por las actuaciones del TDC, es una norma suficiente para garantizar la ausencia de conflictos de interés previos.

Evitar conflictos de interés a futuro es más complejo porque, tras haber tenido responsabilidades ejecutivas en una agencia pública de cualquier tipo, es razonable que una persona retorne al ejercicio profesional que, por razones obvias, desarrollará en el sector en el que ha tomado decisiones. La fórmula generalmente aceptada es la fijación de periodos de carencia retribuidos. Esto constituye una práctica razonable, pero no evita conflictos de interés en el futuro ya que lo que se consigue con ella es que la información que tenga la persona sobre la situación real de los competidores, los expedientes en curso, etc. deje de ser relevante o confidencial. En el caso que nos ocupa, sin embargo, al tratarse de una actividad transversal, el problema de posibles conflictos de interés futuros es de menor importancia que en el caso de instituciones

con competencias reguladoras y supervisoras sectoriales.

#### 5.4. Transparencia

Por último, la *transparencia* es otro elemento fundamental de control público y de credibilidad que, en el caso de los TDC, está garantizado por el hecho de que sus decisiones y sentencias son de dominio público. Adicionalmente, la publicación de memorias anuales fácilmente accesibles a los ciudadanos, su presentación y discusión en el Parlamento con sesiones abiertas a los medios de comunicación, la publicación de sus trabajos de análisis —respetando la obligación de confidencialidad y con un cierto desfase temporal—, e incluso la publicación de las actas de sus consejos, pueden ser medidas que aumenten la transparencia de sus actuaciones.

### 6. COMENTARIOS AL DECRETO 81/2005 DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL VASCO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En primer lugar cabe señalar que los TDC, pese a actuar en tres planos territoriales distintos —comunitario, español y autonómico— no plantean en la actualidad problemas de interpretación de competencias una vez resuelto el largo contencioso derivado de algunos artículos de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia a favor de las tesis sostenidas por los Gobiernos vasco y catalán sobre los artículos 4, 7, 10, 11, 25 a) y 25 c) relativos a las competencias en materia de comercio interior. Este proceso culminó con la Ley 1/2002 de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades

Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, que prevé la creación de órganos de defensa de la competencia autonómicos. El modelo de articulación territorial es por tanto claro, porque el principio de *mercado relevante* facilita la adscripción de competencias y su aplicación ha dado lugar a que, por ejemplo, el caso Microsoft se vea en Bruselas y los temas de horarios comerciales o autoescuelas sean competencia autonómica.

Esta situación de consolidación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia se plasma en el caso vasco en el Decreto 81/2005, por lo que terminaré el artículo haciendo algunos comentarios críticos sobre su contenido no sin antes elogiar la modestia y austeridad del diseño del TDC vasco —lo que a su vez como veremos puede tener también aspectos discutibles— y desearle una eficaz actuación.

La primera observación es que la separación entre TDC y Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) podría haberse eliminado, en la línea defendida en el *Libro blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia* (MEH, 2005), proponiendo una única autoridad independiente, la Comisión Vasca de Defensa de la Competencia, que subsumiera ambas instituciones. Las razones son de dos tipos. La primera, funcional, porque los SDC desde el punto de vista de sus contenidos no son sino las secretarías técnicas de los TDC, por lo que la separación entre ambos tiene poco sentido. La segunda, más política, porque un SDC siempre es más dependiente de la Consejería de turno, lo que plantea problemas que han sido discutidos en el epígrafe anterior.

El segundo aspecto discutible es la acreditación de los requisitos objetivos de competencia técnica de los miembros

del TDC, que se reducen a una antigüedad mínima de 10 años (art. 3.2) en el ejercicio profesional. Aunque esta sea la norma más general —con el frecuente añadido de tratarse de «personas de reconocido prestigio» que nada quiere decir si se carece de criterios objetivos para determinar al prestigio— habría sido preferible un esfuerzo adicional en esta línea. El requisito de tener diez años de experiencia lo puede cumplir cualquier profesional de unos 35 años, por lo que me parece más adecuado que se hubiera creado un filtro adicional por medio de una sesión pública de examen de los candidatos en el Parlamento Vasco.

El tercer comentario se refiere al mandato de seis años renovable por una vez de sus cargos, lo que también se defiende en el citado *Libro blanco*. No me extenderé más en este punto, discutido suficientemente, pero sí quisiera señalar que mis preferencias se dirigen hacia el tipo de modelo que representa la *Competition Commission* británica.

En cuarto lugar, un TDC formado por solo tres miembros en el que el Presidente tiene voto de calidad (art. 7.3) puede plantear problemas de funcionamiento y conceder un poder excesivo al Presidente. El voto de calidad en un organismo de tamaño tan reducido conduce a la posibilidad de que, en caso de enfermedad u otros motivos de ausencia de uno de los miembros del TDC, la opinión del Presidente sea la única válida. Podría argumentarse que el hecho de que la presidencia del TDC sea rotativa, minimiza este problema, pero no es cierto. La rotación lo único que garantiza es que el designado sea un potencial «dictador» solo por un bienio y que todos tengan la misma probabilidad de serlo, pero no elimina el problema sustantivo.

Por último, la categoría de Director General a ostentar por los miembros del TDC (art. 3.4) parece insuficiente. Es estimable el deseo de diseñar un órgano austero, pero el TDC tiene, con frecuencia, que disenter del Gobierno e, incluso, que calificar como contrarias a la competencia algunas posibles decisiones del mismo. En la medida en que tiene, en parte, funciones de órgano de control del poder ejecutivo, el trato entre iguales hace preferible que el rango, al menos del Presidente, fuera superior. Este es un argumento adicional a favor de la crítica realizada a la rotación de la figura del Presidente.

En resumen, el Gobierno vasco ha optado por un diseño del TDC muy clásico, que quizás presenta ciertos aspectos obsoletos y disfuncionales. Esto no implica que su actuación haya de ser inadecuada, porque este tipo de organismos depende en gran medida del acierto en la elección de su primer equipo, pero sí apunta, en mi opinión, a defectos de diseño institucional que podrían crear dificultades en su funcionamiento. No obstante, teniendo en cuenta el rango de la norma legal de su creación, la modificación de algunos aspectos de su organización, en caso de mostrarse necesaria, no plantearía especiales dificultades.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBAEK, S. (1990): «Stackelberg leadership as a natural solution under cost uncertainty», *Journal of Industrial Economics*, pp. 335-47.
- BAIN, J.S. (1956): *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- BRESNAHAN, T.F. y SCHMALENSSEE, R. (1987): «The empirical renaissance in industrial economics: an overview», *Journal of Industrial Economics*, pp. 371-8.
- DIXIT, A. (1979): «A model of duopoly suggesting a theory of entry barriers», *Bell Journal of Economics*, pp. 20-32.
- DIXIT, A. (1980): «The role of investment in entry deterrence», *Economic Journal*, pp. 95-106.
- GREEN, E.J. y PORTER, R. H. (1984): «Noncooperative collusion under imperfect price information», *Econometrica*, pp. 87-100.
- KREPS, D. y WILSON, R. (1982): «Reputation and imperfect information», *Journal of Economic Theory*, pp. 253-79.
- MILGROM, P. y ROBERTS, J. (1982): «Predation, reputation and entry deterrence», *Journal of Economic Theory*, pp. 280-312.
- MODIGLIANI, F. (1958): «New developments on the oligopoly front», *Journal of Political Economy*, pp. 215-32.
- ONO, Y. (1982): «Price leadership: a theoretical analysis», *Economica*, pp. 11-20.
- ROTEMBERG, J.J. y SALONER, G. (1990): «Collusive price leadership», *Journal of Industrial Economics*, pp. 93-111.
- SCHMALENSSEE, R. (1982): «The new industrial organization and the economic analysis of modern markets», *Advances in Economic Theory* (ed. W. HILDENBRAND), Cambridge University Press; Cambridge.
- SEGURA, J. (2005): «Competencia, disciplina de Mercado y regulación en presencia de conflictos de interés en las empresas», *Hacienda Pública Española, Revista de Economía Pública*, pp. 135-70.
- SPENCE, A. M. (1977): «Entry, capacity, investment and oligopolistic pricing», *Bell Journal of Economics*, pp. 534-44.
- SPENCE, A. M. (1979): «Investment strategy and growth in a new market», *Bell Journal of Economics*, pp. 1-19.
- STENBACKA, L. R. (1990): «Collusion in dynamic oligopolies in the presence of entry threats», *Journal of Industrial Economics*, pp. 147-54.
- STIGLER, G. J. (1964): «A theory of oligopoly», *Journal of Political Economy*, pp. 44-61.
- SYLOS-LABIBI, P. (1962): *Oligopoly and technical progress*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- WILLIAMSON, O. E. (1968): «Economics as an anti-trust defence: the welfare trade-offs», *American Economic Review*, pp. 18-36.