

Razón de ser del Derecho de la competencia y misiones encomendadas a sus autoridades

40

El Derecho de la competencia se configura como un instrumento dirigido a garantizar la asignación óptima de los recursos en beneficio de las empresas y de los consumidores. Actúa como factor del desarrollo económico, al prohibir conductas cuyo objetivo es aumentar los precios o frenar la innovación, bien a través de una explotación abusiva que incide negativamente en la relación calidad-precio de un producto, o bien a través de prácticas de exclusión que impiden a nuevos competidores penetrar en un determinado mercado. En mercados locales, los efectos de estas prácticas anticompetitivas, a menudo, perjudican a pequeñas o medianas empresas que deben invocar el Derecho de la Competencia para defender sus intereses. A las autoridades de la competencia les incumbe la misión de hacer una aplicación previsible y comprensible de este Derecho.

*Lehiaren Zuzenbidea baliabideak enpresen eta kontsumitzaileen onurarako modu ezin hobean esleai daitezela bermatzera zuzendutako tresna da. Ekonomiaren hazkunderako faktorea da, prezioak haztea edo berrikuntza geldiaraztea helburu duten jarrerak galarazten baititu; geldiarazten dituen jarre-
rok izan daitezke bai produktu baten kalitate-prezioa erlazioan eragin negatiboa duen larregizko us-
tiaketa egitea, bai lehiakide berriei merkatu jakin batean sartzea eragozten dieten egozte-jarduerak
erabiltzea. Tokiko merkatuetan, lehiaren kontrako jarduera horien ondorioek, sarritan, enpresa txiki
edo ertainei eragiten diete kalte, eta enpresok Lehiaren Zuzenbidearen babesa eskatu behar izaten
dute dauzkaten interesak defendatze aldera. Lehiaren agintariei dagokie Zuzenbide hori aurreikus-
teko moduan eta era ulargarrian ezartzea.*

The competition policy is an instrument to guarantee the optimum assignment of resources to benefit both enterprises and consumers. Its acts as a factor of economic development, by forbidding conducts that increase the prices and stop innovation, affects negatively upon the quality-price relation of a product using an abusive exploitation or prevent new competitors to enter into a determined market by means of exclusion practices. In local markets, the effects of these anti-competitive practices usually harm small and medium enterprises that have to invoke the antitrust laws to defend its interests. The mission of competition authorities is to make a foreseeable and comprehensible application of this law.

ÍNDICE

1. ¿Por qué es necesario y útil el Derecho de la competencia?
 2. Prácticas y transacciones anticompetitivas
 3. Misiones y límites de las autoridades de la competencia
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Palabras clave: prácticas predatoria de precios, acuerdos de precios, acuerdos de distribución, prácticas de explotación, prácticas verticales, prácticas de exclusión

N.º de clasificación JEL: D40, K21, K42, L12, L40

1. ¿POR QUÉ ES NECESARIO Y ÚTIL EL DERECHO DE LA COMPETENCIA?

1.1. Funciones de un mercado competitivo

El análisis económico nos demuestra que vivimos en un mundo en el que los recursos son escasos, y que por tanto es necesario gestionarlos, de tal manera que se obtenga de ellos el máximo resultado. Esta gestión de los recursos es necesaria en cada hogar, en cada empresa, en cada ciudad y en cada estado.

Existen dos mecanismos concebibles para gestionar los escasos recursos de la colectividad. Uno es el centralismo planificador, el otro, el dispositivo descentralizado basado en la libertad de los actores económicos en un universo competitivo. La teoría económica del bienestar y la realidad han demostrado que el mecanismo descentralizado o de mercado da lugar a

lo que los economistas llaman una asignación eficiente de los recursos. Ahora bien, si escogemos la solución descentralizada, es necesario asegurarse de que el juego de la competencia prevalece en todos los sectores en los que efectivamente puede desarrollarse porque de lo contrario se producirán fenómenos de concentración, de monopolización, de cárteles, que conducirán a un aprovechamiento ineficaz de los recursos colectivos.

De hecho, la rivalidad entre empresas competidoras lleva a cada una de ellas a reducir sus costes y a mejorar la relación calidad precio de su oferta (bajando el precio o mejorando su calidad con un precio constante), o a dirigirse hacia mercados que ofrezcan mayores oportunidades de beneficio, es decir mercados en los que el valor (para los consumidores) de los bienes o servicios producidos es, a costes parecidos, más importante.

El nivel de los precios en los mercados competitivos, llamados *precios de eficiencia*¹, resultado de la confrontación entre la oferta y la demanda para todo bien o servicio, constituye para las empresas un indicador que les permite orientar sus recursos hacia las actividades de mayor utilidad en términos sociales (ahí donde se supone conseguirán el mayor beneficio). Asimismo, el nivel de los precios informa a los consumidores sobre la relación coste-ventajas de las ofertas de los diversos oferentes de bienes y servicios y les permite recompensar por medio de sus compras, a aquellas empresas que mayores satisfacciones les proporcionan.

Para que el mecanismo de mercado pueda funcionar y permitir que los recursos sean invertidos de forma que satisfagan al máximo a los consumidores, es imprescindible, por un lado, que en cada mercado exista competencia, es decir, que haya en cada uno de ellos una cantidad suficiente de oferentes para que la competencia sea lo más viva posible y, por otro lado, también es fundamental que estas empresas no se alíen o concierten entre sí para eludir el juego de la competencia mediante la fijación de precios abusivos y la restricción de la oferta.

Así pues, lo que los economistas llaman la asignación óptima de los recursos depende del comportamiento de las

empresas, de que acepten plenamente el juego de la competencia, y este comportamiento dependerá asimismo de la estructura del mercado: el hecho de que haya un número de oferentes suficientes para que todos y cada uno de ellos consideren dado el precio de mercado del producto, de que éstos no encuentren obstáculos para entrar o salir del mercado, de que los factores productivos gocen de perfecta movilidad a largo plazo y de que las empresas y consumidores tengan información perfecta.

El paradigma del mercado competitivo consiste en que el rendimiento económico depende del comportamiento competitivo (precio-aceptante) de las empresas, y éste, a su vez, de las condiciones estructurales existentes en dicho mercado. Este paradigma es la base del Derecho de la competencia.

El primer objetivo del Derecho de la competencia así expresado es de carácter estructural: asegurarse de que el número de empresas y su poder respectivo no se verá artificialmente restringido por fusiones o absorciones anticompetitivas y se lleva a cabo mediante el control de las concentraciones de empresas. El segundo objetivo es asegurarse de que las empresas no utilicen estrategias cuyo objeto sea limitar o falsear el juego de la competencia.

Ahora bien, a pesar de las virtudes de los mercados competitivos hay actividades y situaciones económicas importantes en las que no es aconsejable, o mejor aún, sería ineficiente introducir la competencia. La más conocida de ellas constituye uno de los fallos de mercado más conocidos y estudiados: los llamados *monopolios naturales*, y en este caso

¹ La eficiencia requiere que el beneficio marginal (curva de demanda) correspondiente a la producción de una unidad adicional de un bien (beneficio adicional) sea igual a su coste marginal, esto es, igual al coste adicional de la producción de una unidad adicional del bien (curva de oferta). Si el beneficio marginal fuese superior al coste marginal, mejoraría el bienestar de la sociedad produciendo una mayor cantidad de bien y si el beneficio marginal fuera menor que el coste marginal, mejoraría el bienestar de la sociedad reduciendo la producción del bien.

la introducción de la competencia está vedada

En determinadas actividades económicas, un mercado puede estar formado por una o pocas empresas debido a la tecnología utilizada para producir el bien o servicio de que se trate. Sería ineficiente que dos empresas instalaran vías ferroviarias distintas y paralelas para ir de una ciudad a otra, o que tendieran cables eléctricos en las calles de una ciudad de manera que una llevara la electricidad a una casa y otra a la de enfrente. De la misma manera, generalmente es más eficiente que las telecomunicaciones, el agua, el gas, etc., sean suministrados por una única empresa. A estas actividades se les denominó *monopolio natural* debido a que la ausencia de competencia se debe a *causas naturales*. Técnicamente hablando, en los monopolios naturales ocurre que los costes medios de producción disminuyen conforme aumenta la escala de producción (economías de escala) por lo que la competencia no es viable, y por tanto una sola empresa o varias integradas verticalmente pueden producir a costes más bajos que si hubiera varias empresas².

¿Qué soluciones tiene el Estado para resolver el problema de los monopolios

naturales? La primera solución es la nacionalización, es decir, el Estado se hace con la propiedad de la empresa: es la solución tradicional en Europa donde algunos estados nacionalizaron en su día las compañías eléctricas, telefónicas, ferroviarias, aviación y otras empresas de los llamados servicios públicos. La segunda es la regulación; en lugar de nacionalizar una industria se privatiza, dejándola en manos privadas, pero regulada, en otras palabras se trata de establecer un precio igual a los costes medios, que incluyen un rendimiento normal del capital invertido (de tal manera que la empresa no obtenga ningún beneficio monopolístico). Y la tercera es fomentando la competencia, es decir, aun reconociendo que no puede haber competencia perfecta, la competencia limitada puede acarrear algunos de sus beneficios.

En resumen, en los casos en que la libre competencia no pueda ejercerse técnicamente, la regulación directa de los precios (es decir la aplicación de una regulación por la autoridad) impedirá que el *monopolio natural* abuse de su poder de mercado sobre el consumidor estableciendo precios de monopolio.

Concluiremos este apartado diciendo que el Derecho de la competencia es un instrumento dirigido a optimizar la asignación y el uso de los recursos escasos a fin de que el consumidor pueda disponer del mayor abanico posible de opciones y para que la competencia entre empresas pueda redundar en el beneficio de todos, con una relación calidad precio inmejorable. El fin, pues, del Derecho de la competencia no es solamente el beneficio de los consumidores, su objetivo es doble, es el excedente de los consumidores y el beneficio de las empresas reguladas, de forma que la suma de ambos sea la máxima posible.

² La propia naturaleza del coste decreciente de la tecnología impide la existencia de competencia perfecta. Considérese qué ocurriría si se fijara un precio igual al coste marginal (competencia perfecta). En un *monopolio natural* los costes medios son decrecientes y los costes marginales son inferiores a los costes medios. Por lo tanto, si se fijara un precio igual al coste marginal, éste sería menor que los costes medios y la empresa tendría pérdidas (beneficios negativos). Si el Estado quisiera que un monopolio natural produjera en el punto en que el coste marginal fuera igual al precio, tendría que subvencionar a la empresa para contrarrestar estas pérdidas.

1.2. Contexto del Derecho de la competencia

Por los motivos anteriormente expuestos, el Derecho de la competencia es un instrumento necesario para el desarrollo económico, pero no es el único instrumento que permite desarrollar la competencia. En primer lugar, es importante que exista un Estado de derecho que aúne previsibilidad, eficacia y seguridad jurídica. De hecho, las transacciones comerciales necesitan de un marco jurídico fiable que permita definir los derechos de propiedad de manera eficaz, y asegurar el respeto a los compromisos contractuales. Es necesario, asimismo, que las normativas que tienen una incidencia económica importante (como el Derecho de quiebra, el Derecho laboral, el Derecho fiscal) sean al mismo tiempo claras y fáciles de aplicar.

En segundo lugar, la política comercial y, en particular la liberalización de los intercambios comerciales entre un país y el exterior, constituye también un potente factor de competencia y de desarrollo económico. La liberalización de los intercambios comerciales es especialmente importante para los países pequeños. Por una parte, ofrece a éstos salidas para sus productos y servicios dado que el tamaño de sus propios mercados internos es demasiado reducido para absorberlos o para desarrollar economías de escala en sus industrias. Por otra parte, permite a estos países obtener en el mercado internacional y a bajo precio, bienes y servicios que ellos mismos no podrían producir en condiciones competitivas de coste y diversidad.

En tercer lugar, para facilitar la defensa de la competencia, también es importante que se eliminen ciertos obstáculos legislativos o reglamentarios que restringen

inútilmente la libertad de comercio. La revisión de leyes y decretos con objeto de determinar si los objetivos que persiguen estos textos se pueden alcanzar con medidas menos restrictivas para la libertad de la competencia, proceso conocido como *reforma reglamentaria*, contribuye de forma muy intensa al desarrollo de la competencia.

En cuarto lugar, la apertura a la competencia de ciertos sectores que tradicionalmente han sido *monopolios naturales*, como es el caso de las llamadas *industrias de red*³, (las telecomunicaciones, la electricidad o el transporte ferroviario), permite mejorar la eficacia de la producción de estos servicios, reducir sus costes, y como consecuencia de ello, aumentar la competitividad de las empresas que utilizan esos servicios y de la economía en general. La reforma iniciada para

³ El conjunto de actividades económicas que se encuentra en estas industrias de red es bastante amplio. Cabe citar el suministro de energías finales (electricidad, gas o productos petrolíferos), el transporte (aéreo, carretera o ferrocarril), las telecomunicaciones, el suministro de agua, los servicios postales o la gestión de aguas residuales. Una de las características comunes de estos sectores es que se asientan sobre una infraestructura física, o red, cuyo uso está sujeto a rendimientos de escala crecientes. Nos referimos a los oleoductos, gasoductos, líneas de transporte de electricidad, infraestructuras ferroviarias y carreteras. Este elemento común ha dado lugar a la noción de industria de red. Tal concepto viene siendo utilizado de manera cada vez más extensa y, en consecuencia, también más ambigua, desbordando la noción de monopolio natural. Así, en términos generales, se aplica a infraestructuras o redes compartidas por oferentes y demandantes múltiples, cuyo acceso es preciso para la provisión del servicio. Las características técnicas de tales infraestructuras son muy variadas. Por ejemplo, las redes pueden generar externalidades de diferente tipo (positivas o negativas, de consumo o costes), mostrar (o no) rendimientos de escala, ser un monopolio de *facto* o estar sujetas a la competencia de otras redes (telefonía móvil frente a fija), o de otros activos sustitutivos (carretera frente a ferrocarril). (N. del E.)

abrir a la competencia los antiguos servicios públicos, también llamados servicios de interés económico general (técnicamente *industrias de red*) han incluido alguna de las citadas áreas.

Por lo tanto, el Estado dispone de toda una gama de instrumentos complementarios para fortalecer el juego de la libre competencia en los mercados.

1.3. **Objetivos del Derecho de la competencia**

En la mayoría de los países que disponen de un Derecho de la competencia, el principal objetivo explícito de este derecho es la protección de lo que los economistas denominan el *excedente del consumidor*⁴. Esto implica que queden prohibidas las prácticas (por ejemplo los acuerdos ilícitos) o las transacciones (por ejemplo las concentraciones) cuyo objetivo o cuyo posible efecto sea el aumento de los precios, así como también las acciones susceptibles de frenar la innovación. Este

⁴ La curva de demanda de un consumidor representa la cantidad que estaría dispuesto a pagar por la primera unidad de bien consumida, por la segunda, por la tercera, etc. Como es bien sabido, la utilidad marginal (o disposición marginal a pagar) disminuye conforme aumenta la cantidad consumida. La cantidad total que está dispuesto a pagar por, sean 10 unidades, es el área situada debajo de la curva de demanda hasta la décima unidad. Pero la cantidad que tiene que pagar realmente es mucho menor, es el número de unidades que se consumen por el precio fijo de mercado. El excedente del consumidor es la diferencia entre los dos conceptos (áreas si usamos el cálculo aritmético). Existe un excedente del consumidor, siempre que el consumidor tiene que pagar únicamente un precio fijo por todos los artículos que compra. El hecho de que las curvas de demanda tengan pendiente negativa significa que las primeras unidades que compra son más valiosas que la unidad marginal; estaría dispuesto a pagar más por estas primeras unidades que por la última (N. del E.)

objetivo es coherente con el análisis económico que demuestra que el mercado competitivo tiene precisamente la ventaja estática de forzar a las empresas a mejorar la relación calidad-precio de sus ofertas y mejorar su eficacia, esto es, lograr precios eficientes y la ventaja dinámica de propiciar una innovación permanente.

Pero más allá de los objetivos económicos, hay que hacer constar que el Derecho de la competencia también persigue con frecuencia objetivos de índole sociopolítica.

En efecto, el Derecho de la competencia europeo tiene dos objetivos: por un lado, asegurar el bienestar de los consumidores y, por otro, unificar el mercado europeo eliminando las barreras en el comercio entre Estados miembros. De hecho, los artículos 81 y 82 del Tratado se aplican solamente cuando el comercio entre dos o más Estados miembros se ve afectado por prácticas que atañen a dichos artículos. Además, hasta tiempos aún recientes, el Derecho de competencia europeo trataba las prácticas verticales con una cierta severidad (los acuerdos exclusivos de distribución, por ejemplo), no tanto porque limitasen la defensa de la competencia (aunque de hecho puedan reducir sustancialmente la competencia en el ámbito de la distribución), sino sobre todo porque contribuyen a separar los mercados de los Estados miembros (al tender los productores a elegir un distribuidor exclusivo en cada Estado miembro y mantener políticas de venta diferenciadas entre estos estados).

Con frecuencia, el Derecho de la competencia se utiliza para satisfacer otros objetivos secundarios tales como la protección de las empresas nacionales, el mantenimiento del empleo, la defensa de

determinados competidores nacionales, la defensa de las pymes, las transiciones en época de crisis, la promoción del comercio exterior, etc.

En algunos casos, ciertos comportamientos anticompetitivos se benefician de una exención de la prohibición de las prácticas anticompetitivas cuando contribuyen a dichos objetivos secundarios. De hecho, algunos derechos nacionales de la competencia permiten a determinados carteles, acuerdos entre pymes o a algunos acuerdos entre exportadores, beneficiarse de una exención. Asimismo, algunos derechos nacionales, pueden permitir concentraciones anticompetitivas si contribuyen al mantenimiento del empleo o a la mejora de la competitividad de las empresas involucradas frente a sus competidores extranjeros, etc.

En otros casos, la satisfacción de objetivos secundarios se desvirtúa. El primer ejemplo que viene a colación y que actualmente es objeto de una viva discusión en Europa, es el de la interpretación de las disposiciones que prohíben los abusos de posición dominante. Este tipo de disposición legal no da en general una definición exhaustiva de las prácticas prohibidas. A partir de ahí, las autoridades de la competencia o los tribunales poseen cierto margen de libertad al determinar lo que constituye una práctica abusiva prohibida. Esta libertad se utiliza a veces para considerar como prohibidas ciertas prácticas de la empresa dominante que son a lo sumo desleales, que dificultan la actividad económica de los competidores, pero que sin embargo no son necesariamente prácticas anticompetitivas desde el punto de vista del análisis económico. Así, el hecho de que una empresa dominante rebaje su precio de

venta por debajo de sus costes totales para alinearse con los de un nuevo competidor, se considera a veces como práctica abusiva. Prohibir esta práctica puede entenderse si uno de los objetivos (tácito cuanto menos) del Derecho de la competencia es el de proteger a los competidores, pero es más difícil de concebirse si el objetivo del Derecho de la competencia es simplemente el de salvaguardar el interés de los consumidores.

Cuando un derecho de la competencia tiene varios objetivos, su aplicación implica un riesgo de incoherencia en las decisiones. Además, dada su complejidad, un derecho de la competencia plagado de objetivos múltiples es a menudo difícil de entender y aplicar por las empresas. Esta complejidad y las incoherencias en su aplicación perjudican a su eficacia.

Todo ello no significa, claro está, que los objetivos sociopolíticos de promoción de la competitividad de las empresas nacionales o de protección de las pymes no sean legítimos. Al contrario, sugerimos aquí que la satisfacción de dichos objetivos ha de buscarse mediante instrumentos específicos (por ejemplo mecanismos de incentivos a la investigación para favorecer la innovación o mecanismos de redistribución) en vez de utilizar un Derecho de la competencia cuya finalidad debería fundamentarse exclusivamente en la teoría económica y jurídica.

2. PRÁCTICAS Y TRANSACCIONES ANTICOMPETITIVAS

2.1. Categorías de prácticas anticompetitivas

Veamos ahora las prácticas y las transacciones anticompetitivas que, a escala

local, pueden afectar al poder adquisitivo de los consumidores o bien a la eficacia económica.

Las prácticas anticompetitivas pueden clasificarse en dos categorías principales:

- 1) aquellas por las cuales las empresas que disponen de un poder de mercado ya sea por sí solas o colectivamente, *explotan* a los consumidores reduciendo de forma artificial la relación calidad precio de sus productos;
- 2) aquellas por las cuales las empresas que disponen de un poder de mercado ya sea por sí solas o colectivamente, *excluyen* la competencia real o potencial de otras empresas.

En el apartado de prácticas de *explotación*, encontraremos, por ejemplo, el acuerdo sobre precios al que llegan varios competidores para mantener sus precios a un nivel supra competitivo y maximizar los beneficios. Para alcanzar el resultado deseado, deberán protegerse ante la entrada de nuevos competidores (atraídos por las oportunidades de beneficios extraordinarios). Para lo cual habrán de colocarse ciertas barreras de entrada ya sean estructurales o estratégicas. Pero también será necesario que los participantes en el acuerdo limiten la oferta para fijar y mantener precios elevados decididos de mutuo acuerdo, superiores, claro está, a los costes marginales. Así pues, el acuerdo de precios irá acompañado a menudo con acuerdos de reparto del mercado, de restricción de la oferta y asignación de cuotas de producción.

Los consumidores se ven claramente penalizados por tales prácticas ya que sólo van a disponer de un abastecimiento reducido, a un precio superior al que ha-

bría sido el precio competitivo. De hecho, estas prácticas penalizan a los consumidores de dos formas: por una parte, algunos habrán de renunciar a la adquisición de algún bien, y, por otra, los que sigan adquiriéndolo, lo pagarán más caro de lo que lo hubieran hecho si las empresas no se hubieran aliado.

Numerosos estados consideran que dichas prácticas son contrarias *per se*, por su propia naturaleza, al interés de los consumidores, sin que la autoridad de la competencia tenga que demostrar en cada caso la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

También se consideran prácticas de *explotación*, aquellas por las cuales las empresas que poseen una situación dominante o de monopolio reducen de forma deliberada su nivel de producción y favorecen la escasez para que el consumidor pague un precio sensiblemente superior al que podría existir en caso de que hubiese competencia. Estas prácticas tienen, de hecho, el mismo objetivo y el mismo efecto que las prácticas de cárteles mencionadas más arriba.

Sin embargo, las autoridades de la competencia no persiguen estas prácticas con el mismo empeño que el utilizado con los acuerdos horizontales anticompetitivos.

Hay dos explicaciones a este fenómeno. En primer lugar, es más difícil averiguar que una empresa con posición dominante hace pagar un sobrepago a sus clientes (en comparación con lo que estos pagarían si hubiese competencia), que demostrar que las empresas han llegado a acuerdos anticompetitivos. De hecho, cuando algunas empresas se alían para impedir que los precios bajen, es obvio que si no hubiese habido entendi-

miento o acuerdo, la bajada de precios habría sido un hecho, de forma que la prueba de la finalidad y de la potencialidad del efecto anticompetitivo de esta práctica puede deducirse de su propia observación. En cambio, cuando consideramos el precio aplicado por una empresa con posición dominante, teniendo en cuenta el hecho de que dicha empresa no tiene ninguna obligación de abusar de su poder de dominio, no se puede deducir desde la mera constatación del precio, si este es superior al que prevalecería si la competencia funcionara. La autoridad de la competencia es quien tiene que demostrar que el precio observado es superior al competitivo, lo cual suele resultar harto difícil.

En segundo lugar, en caso de haber detectado una práctica de acuerdo de precios o de distribución del mercado, la autoridad de la competencia podrá ordenar a las empresas requeridas abstenerse de todo contacto futuro entre sí. En cambio, el requerimiento hecho a una empresa en posición dominante, de abstenerse en un futuro a establecer precios diferentes a los que resultarían de una situación de competencia efectiva, sería más complejo de controlar y podría implicar el riesgo para la autoridad de la competencia de tener que ejercer una auténtica regulación de los precios practicados por la empresa concernida.

Las prácticas verticales se refieren a pactos entre empresas situadas en diferentes niveles de la cadena de valor (por ejemplo entre un productor y sus distribuidores). Según qué casos, pueden incluirse en la categoría de los acuerdos voluntarios (en caso de un acuerdo de distribución, por ejemplo) o bien en la de las prácticas abusivas de empresas con

poder de mercado (en caso de imposición de precios de venta, por ejemplo). Estas prácticas se considerarán asimismo anticompetitivas cuando se traduzcan en un encarecimiento artificial de los precios para el consumidor.

Las prácticas de *exclusión* pueden también proceder de un pacto (por ejemplo en el caso de los miembros de un cártel), del abuso de una empresa con posición dominante (por ejemplo por la negativa a vender o acceder a una red o instalación esencial, o bien por la concesión de ciertos tipos de descuentos) o de contratos verticales (que incluyan, por ejemplo, cláusulas de exclusividad). Estas prácticas son anticompetitivas en la medida en que prohíben de forma artificial el acceso a un mercado de competidores potenciales o bien se dirigen a mantener en el mercado a los competidores ya existentes. Pero, calificarlas como prácticas prohibidas por el Derecho de la competencia es a veces muy difícil de dictaminar, sobre todo, cuando provienen de una empresa que goza de una posición dominante. Así pues, existe un doble riesgo para la autoridad de la competencia: por un lado, el de impedir que una empresa con posición dominante responda a una agresión competitiva y, por otro, el riesgo de confundir la protección de los competidores con la protección de la competencia.

Sea como fuere, los efectos de las prácticas de exclusión no solamente se oponen a la libertad del comercio e industria, sino que reducen de forma artificial las oportunidades de los competidores, y a largo plazo, se traducen en un debilitamiento de la competencia estructural y, por tanto, de la relación calidad-precio para los consumidores.

Finalmente, las concentraciones de empresas pueden tener como consecuencia, y a veces como objeto, debilitar de forma duradera la competencia estructural. La autoridad de la competencia suele mirar con mayor suspicacia al crecimiento externo (la concentración) que al interno, ya que cuando una empresa adquiere una parte importante del mercado por su crecimiento interno, es porque sirve mejor que sus competidores al consumidor, mientras que cuando una empresa adquiere una posición dominante por crecimiento externo, elimina a sus competidores. En la mayoría de los países que contemplan disposiciones sobre concentraciones, estas operaciones se controlan en el mismo momento en que el proyecto de concentración se materializa, para evitar que se realicen operaciones estructurales difícilmente reversibles.

2.2. Las prácticas anticompetitivas a escala local

Las prácticas anticompetitivas se encuentran a menudo en el plano local, en una región o incluso en una ciudad. En primer lugar, pueden afectar a la competitividad de las industrias locales; en segundo lugar, pueden tener como efecto la disminución de los ingresos reales de los consumidores.

En el apartado de prácticas que afectan a la competitividad de las industrias locales, podemos nombrar en primer lugar a las que afectan al sector del transporte. En un cierto número de países o de regiones, los acuerdos de precios entre compañías de transporte marítimo o de transporte por carretera disminuyen la competitividad de los productos exportados e incrementan

los costes de las industrias que utilizan productos importados. Otro tanto ocurre con los acuerdos de precios y de distribución de mercados entre las empresas de logística de productos industriales o con los abusos de posición dominante de los gestores de infraestructuras esenciales tales como puertos, aeropuertos, oleoductos, gasoductos, empresas de almacenamiento, etc.

Pero las prácticas anticompetitivas que afectan a la competitividad de las industrias locales, también incluyen los servicios externos a las empresas. De hecho, el tejido de empresas locales puede verse afectado por acuerdos regionales entre bancos, corredurías de seguros o servicios profesionales (abogados, peritos topógrafos, etc.).

En el sector de materiales de construcción (cemento, hormigón, conglomerado), los acuerdos de precios, de distribución del mercado o los intentos de exclusión de los competidores penalizan a las industrias básicas como la construcción, la ingeniería civil, la construcción de infraestructuras y el turismo. Dichas alianzas son particularmente frecuentes en los procesos de licitaciones y contratos para obras públicas.

En cuanto a la competencia en el sector agrario, se ve frecuentemente afectada por las prácticas anticompetitivas en los mercados de productos y servicios que conforman su consumo intermedio, como lo son por ejemplo, la producción y la distribución de los abonos químicos, la distribución de productos derivados del petróleo, la distribución de automóviles o de tractores.

Por otra parte, las prácticas anticompetitivas pueden afectar, como se ha reiterado, al poder adquisitivo de la ciudadanía.

De hecho, se observan con frecuencia estas prácticas en el sector de productos agrícolas y alimenticios, con acuerdos abusivos en los precios de producción o en la distribución de productos básicos (leche, carne, pollo, harina, pan, café.)

Asimismo, en el sector de bebidas (cervezas, bebidas gaseosas, bebidas alcohólicas), una fuerte concentración horizontal y cláusulas anticompetitivas en los contratos de distribución (como exclusivas de distribución, precios de venta impuestos, prohibición de utilizar ciertos equipamientos como frigoríficos, por ejemplo, para vender productos de la competencia, etc.) producen un encarecimiento de los precios al consumo y una merma en las posibilidades de elección del consumidor.

La distribución de productos de gran consumo, también se ve afectada y penalizada por las prácticas anticompetitivas. En este apartado, anotaremos los boicots colectivos de los distribuidores tradicionales de una región o de una ciudad hacia los proveedores que venden productos de marca a grandes distribuidores o a almacenes de descuento, y la negativa de proveedores a vender a distribuidores que aceptan el juego de la competencia.

El automóvil y la vivienda son materia de inversión o de gasto particularmente importante en los presupuestos de las economías domésticas, por tanto las prácticas anticompetitivas en estos sectores los penalizará de forma especial. Estas prácticas son a menudo acuerdos verticales restrictivos en la distribución del automóvil, acuerdos de precios en el ámbito local entre distribuidores de derivados del petróleo y acuerdos de distribución del mercado entre agentes inmobiliarios de una ciudad o de una región.

Para resumir, las prácticas anticompetitivas en los sectores del transporte y de los servicios, que como acabamos de ver pueden deteriorar la competitividad de las empresas locales, también pueden afectar de forma grave al bienestar de los hogares, al incidir en el transporte de pasajeros (autobús, taxi, autocares, transporte aéreo) o en los servicios profesionales a particulares (agentes de seguros, agentes inmobiliarios, funerarias, agencias de viajes, etc.).

3. MISIONES Y LÍMITES DE LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA

3.1. Misiones

Las misiones son numerosas y no se atienen solamente a la aplicación del derecho aunque la importancia de ésta sea fundamental. Pueden ser reunidas en cuatro categorías.

Misión informativa y divulgativa

La primera misión de una autoridad de defensa de la competencia, como la que se ha creado recientemente en los nuevos Estados miembros, es la de dar a conocer y, más aún, la de hacer que el ciudadano comprenda que el Derecho de la competencia es un derecho protector de la libre empresa y de los derechos de los consumidores. Dado que este derecho suele ser muy técnico y con frecuencia da lugar a interpretaciones erróneas o interesadas, es preciso llegar a los distintos colectivos sociales con un enfoque pedagógico adaptado a la singularidad de cada uno de ellos.

Como quiera que los consumidores y organizaciones de consumidores tienden a menudo a interpretar la regulación pública de precios como un instrumento de justicia social, han de llegar a comprender en qué medida la combinación de libertad de precios y defensa de la competencia hace que se beneficien a la larga de una variedad mayor de productos y a menor precio.

Ha de emprenderse una acción educativa específica dirigida a las empresas y sus representantes. Las empresas cometen con frecuencia el error de ver en el Derecho de la competencia otra intrusión penalizadora del poder público en el libre juego del mercado. Esto les hace obviar el hecho de que las primeras víctimas de las prácticas anticompetitivas adoptadas por empresas con cierto poder de mercado son otras empresas (clientes o proveedores), tal y como lo demuestran algunos de los ejemplos que hemos presentado. Así pues, es necesario difundir el mensaje de que las empresas que han sido víctimas de prácticas anticompetitivas (pymes la mayoría) pueden, merced al Derecho de la competencia, hacer valer sus derechos y recobrar su competitividad.

Las asociaciones profesionales merecen una atención informativa y pedagógica especial. Muchas veces estos organismos profesionales han servido de tapadera a prácticas habituales anticompetitivas de sus miembros; en otros casos, han sido los mismos organismos quienes, pendientes de promover el interés corporativo de sus miembros, provocaron conductas anticompetitivas en detrimento del interés público. Resulta por tanto imprescindible hacerles comprender que, desde el mismo momento en que el poder público se introduce en la vía de la promoción

de la competencia, tarde o temprano tendrán que modificar su comportamiento y sus perspectivas.

No es de extrañar que el colectivo más reacio al Derecho de la competencia, al que frecuentemente ha de enfrentarse la autoridad, sea el de los funcionarios públicos, puesto que ejercen un poder sectorial de tutela y creen en las virtudes del intervencionismo del Estado en la marcha de la economía y en las decisiones empresariales. Hay que transmitir a este colectivo, que si bien la regulación se justifica, sin duda alguna, en el deseo de promover y defender ciertos objetivos políticos y sociales esenciales, que debido a los fallos del mercado no quedarían protegidos satisfactoriamente, se imponen ciertos límites a dicha acción reguladora. En efecto, ésta habrá de ser llevada a la mínima expresión necesaria para alcanzar los objetivos buscados y no falsear indebidamente los mecanismos del mercado. El Derecho de la competencia no está necesariamente en contra de la regulación económica (sobre inversiones, precios, etc.) o de la regulación social (medio ambiental, discriminación positiva, etc.), sino que tiene una clara tendencia a hacer que la regulación sectorial no ponga trabas abusivas o inútiles a los mecanismos de los mercados libres y competitivos. El objetivo primordial del Derecho de la competencia es actuar preventivamente y tratar de impedir *a priori* que surjan conductas que impidan, restrinjan o distorsionen la competencia.

Muchas veces, los responsables políticos desconfían de la competencia y del Derecho de la competencia al que perciben, más como una institución ultraliberal que debilita y hace precarias las situaciones individuales, que como un instrumento

cuyo fin es promover el crecimiento económico global. Es muy importante recordar a este colectivo que el desarrollo económico está directamente relacionado con el crecimiento del comercio internacional, con el recrudescimiento de la competencia mundial y con la búsqueda de una mayor eficacia económica. Si analizamos de forma precisa la historia económica reciente de países como Japón o Corea del Sur, resulta a todas luces notorio que su crecimiento se realizó gracias a sus industrias exportadoras (automóvil, ordenadores, producción de televisores, de videojuegos etc.), esto es, las que más directamente están expuestas a la presión de la competencia internacional, y no gracias al crecimiento de las industrias favorecidas por los poderes públicos con políticas industriales *ad hoc* y medidas proteccionistas (como por ejemplo, la siderurgia, la farmacia o la energía.)

Un último colectivo que es objetivo importante del Derecho de la competencia es el de los letrados y, más concretamente el de los abogados expertos en denunciar o defender casos ante los tribunales de competencia. Dado que asesoran a las empresas o a sus organismos representativos, y dado que suelen tratar con la autoridad de la competencia, han de comprender la especificidad y relevancia de esta rama del derecho, que integra en una fusión mutuamente enriquecedora el análisis económico y el jurídico.

Misión justificativa

La segunda misión de importancia de la autoridad de la competencia es la que consiste en hacer que la aplicación del derecho sea al mismo tiempo previsible y comprensible. Este cometido es tanto

más notable por cuanto en muchos países europeos, las disposiciones contra los acuerdos restrictivos y los abusos de posición dominante son generalmente breves y poco explícitos respecto a las prácticas prohibidas. El motivo de semejante brevedad, o de su carácter elíptico, reside en que el análisis económico sugiere que una misma práctica puede tener, según el contexto, efectos pro-competitivos y en otras circunstancias, efectos anti-competitivos. Por ejemplo, el hecho de que una empresa practique precios bajos favorece generalmente la competitividad en la medida en que precisamente, uno de los objetivos del Derecho de la competencia es la optimización de la relación calidad-precio para los consumidores (esta relación será mayor si a calidad similar, las empresas fijan precios más bajos). Pero en algunos casos, la empresa en posición dominante fijará precios inferiores a sus costes marginales con la mera intención de arruinar a la competencia o disuadir a las empresas que intentan penetrar en el mercado en cuestión, para después, una vez eliminados tanto los competidores reales como los potenciales, esto es, después de haber conjurado el peligro de *intrusión* en su mercado, proceder a una subida de precios, esto es, fijar precios monopolísticos. Esta práctica de precios bajos también, llamada práctica *predadora* de precios, tendrá como objetivo y como efecto en este caso, el desanimar todo intento de competencia en el mercado. Será por tanto una práctica anticompetitiva y habrá de ser castigada y corregida.

Para descubrir si una práctica es o no es anticompetitiva, la autoridad de la competencia deberá, por tanto, proceder al análisis económico del contexto en el

que se desarrollan las prácticas empresariales.

Este análisis, de elevada complejidad técnica, habrá de exponerse de la forma más clara posible en las decisiones que adopte la autoridad de la competencia, para que, por un lado, las empresas implicadas puedan entender por qué motivos sus prácticas fueron consideradas anticompetitivas, y por otro lado, para que las empresas que pretender adoptar semejantes prácticas puedan comprender en qué medida constituirían una violación de la ley.

Cuando el contexto es especialmente complejo, como por ejemplo en supuestos de abuso de posición dominante o de prácticas verticales que limitan la competencia, podría resultar útil que la autoridad de la competencia publicara unas directrices, tal y como lo hace la Comisión de las Comunidades Europeas, con el fin de dejar claro a los potenciales transgresores los principios jurídicos y económicos que les serán aplicados.

Misión de eficiencia

La tercera misión de la autoridad de la competencia, es buscar la mayor eficiencia para gestionar sus recursos según las funciones que le vayan a ser encomendadas.

Para ello, resulta de cierta utilidad que la autoridad de la competencia seleccione con mimo los casos en los que decida intervenir. Al tener limitaciones en razón a sus recursos disponibles, la autoridad de la competencia no puede, en general, permitirse perseguir de forma simultánea todas las prácticas anticompetitivas que caen bajo su jurisdicción. Son muchos los

criterios que debe tomar en consideración para evaluar la relación costes-ventajas de la persecución de las prácticas que le han sido encomendadas (por ejemplo la nueva jurisprudencia de cada caso, su pertinencia económica, la facilidad o la dificultad en reunir pruebas de la práctica o de sus efectos, etc.) Estos criterios permiten a la autoridad de la competencia establecer sus prioridades.

Al comienzo de su actividad, cuando la autoridad de la competencia aún no ha demostrado ni su legitimidad ni su eficacia, puede resultarle de cierta utilidad concentrarse en prácticas cuyo carácter nocivo resulte evidente para el público, en prácticas desarrolladas en sectores que afecten al mayor público posible o en prácticas susceptibles de interesar a la prensa. Este enfoque permitirá que la autoridad de la competencia consiga con mayor rapidez convencer a la sociedad de la utilidad de la represión de estas prácticas y de la legitimidad de su misión. En otras palabras, puede resultar mucho más útil empezar castigando acuerdos de precios entre fontaneros, instaladores de gas o taxis que reprimiendo un abuso de posición dominante en el mercado de rodamientos de bolas (tema complejo en un sector poco conocido).

Misión disuasoria

Finalmente, la cuarta misión de la autoridad de la competencia es la de disuadir con efectividad las prácticas anticompetitivas. Para ello, habrá de emplear una política de sanciones de las prácticas anticompetitivas apropiada, dentro de un techo legal cuyo tope tendría que denunciar si considerase insuficientes las sanciones.

3.2. Limitaciones a las competencias de las autoridades

Para terminar, sería ciertamente útil recordar que, por efecto del progreso en las tecnologías y de la liberalización del comercio nacional e internacional, los mercados de bienes y servicios están tendiendo a integrarse económicamente entre regiones de un mismo país, entre países de un mismo continente y entre continentes de forma vertiginosa. Una de las consecuencias que provoca esta integración económica de los mercados es que las empresas de cualquier país o región, en adelante, deberán operar en numerosos mercados regionales o nacionales.

El auge del comercio internacional permite que países pequeños sobrevivan y se desarrollen, abriendo el abanico de mercados para sus productos nacionales y abasteciéndose en los mercados internacionales a precios más competitivos. Por otra parte, el florecimiento del mercado internacional tras la II Guerra Mundial ha tenido como secuela la multiplicación de estados (de un centenar de estados a mediados del siglo pasado, hemos pasado a unos doscientos hoy día). Así pues, mientras que los mercados económicos se han ido integrando, el orden jurídico mundial se ha fragmentado por efecto de la multiplicación del número de países. Esta evolución ha tenido dos consecuencias en el campo del Derecho de la competencia.

La primera de ellas ha sido una cierta merma en la soberanía de las autoridades de la competencia nacionales. Aunque estas autoridades tienen poder para sancionar las prácticas anticompetitivas cuyos efectos se producen en el territorio físico del país en que están establecidas, no

siempre este poder de *derecho* puede ejecutarse, sobre todo cuando las prácticas anticompetitivas observadas en sus mercados nacionales provienen de empresas instaladas allende el propio país. De hecho, no pueden utilizar su poder de investigación para reunir las pruebas que necesitarían para aplicar su derecho nacional fuera del país en que estén establecidas.

La segunda consecuencia es un corolario de la primera. Aunque todos los países gocen de un Derecho de la competencia, algunas prácticas anticompetitivas transnacionales quedarán impunes ya que afectarán a los consumidores de un país donde la autoridad de la competencia no podrá sancionarlos, al no haber podido reunir las pruebas necesarias contra ellas. Por ejemplo, un cártel de exportación formado por empresas norteamericanas que exportara a un país europeo no podría ser sancionado si la autoridad competente del país europeo no consigue reunir las pruebas que demuestran la alianza ilícita de la que son víctimas sus consumidores. En este ejemplo, las pruebas necesarias para condenar al cártel se hubieran podido encontrar en los Estados Unidos, país en donde las empresas se aliaron para limitar la competencia a la exportación. Pero desgraciadamente la autoridad de la competencia del país europeo que ha sido perjudicado no tiene medios para proceder a una investigación.

Sin embargo, cuando se dan prácticas anticompetitivas transnacionales por parte de empresas sitas en un Estado miembro de la Unión Europea, que afectan a los consumidores de otro Estado miembro, la Comisión Europea está facultada para investigar en todos los países de la Unión, puesto que es competente en el tratamiento de las infracciones que afecten al comercio entre Estados miembros. Desafortunadamente,

tunadamente, el problema persiste cuando las prácticas anticompetitivas afectan a un Estado miembro pero proceden de empresas afincadas fuera de la Unión Europea.

Este problema se le puede plantear con más frecuencia a una autoridad de la competencia regional, ya que los consumidores de dicha región pueden ser víctimas de prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por parte de empresas situadas en otra región del mismo país o en un país extranjero no perteneciente a la Unión Europea.

La única forma que tienen hoy día las autoridades de la competencia de resolver este problema es mediante la firma de acuerdos de cooperación con otras autoridades nacionales y regionales. Gracias a estos acuerdos, la autoridad de la competencia de un país o de una región podría pedir ayuda a la autoridad de la competencia de otro país o de otra región, para poner punto final a una práctica transnacional de la que los consumidores del país o de la región demandante fueran víctimas.

La cooperación internacional entre autoridades de la competencia tiene por tanto una importancia vital en la aplicación de los derechos nacionales.

4. CONCLUSIÓN

Tras esta breve descripción de la finalidad del Derecho de la competencia, del papel de las autoridades de la competencia y de los retos que les esperan, es preciso augurar los mayores éxitos a la autoridad vasca de la competencia que recientemente ha comenzado su andadura.

La preservación de la competencia en los mercados es un elemento esencial del florecimiento de la democracia económica que a su vez es un componente fundamental de la democracia política, por ello queremos subrayar la importancia y la nobleza de la tarea que aguarda a las nuevas Autoridades de la Competencia regionales, como es el caso de Euskadi.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUSICK, P., ÁLVAREZ, A., CERNAT, L. (2005): *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains* (with P. HORNA). Geneve (Suise): United Nations, 2005.

EHLERMANN, C.D., GOSLING, L. (2000): *European Competition Law Annual 1998: Regulating Communications Markets*. Portland, Oregon (USA): Hart Publishing.

FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE (1994): *Anti-trust in a Global Economy*. New York (USA): Juris Publishing.

HAWK, B.E. (1999): *International Antitrust Law and Policy*. New York (USA): Juris Publishing Inc.

JENNY, F., WEBER, A. (1976): *L'entreprise et les politiques de concurrence*. Editions d'Organisation.

LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES (2001): *L'environnement économique international et les autorités de concurrence. Rapport Public*. Paris (France): La Documentation Française.