

EL ANÁLISIS ECONÓMICO EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL: LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS

Fernando JIMÉNEZ LATORRE,
Eduardo PRIETO KESSLER y
Daniel DOMÍNGUEZ
Consultores de NERA Economic
Consulting

1. INTRODUCCIÓN

En la Unión Europea se ha producido un cambio significativo en la aplicación del Derecho de la competencia que ha consistido en facilitar su aplicación privada. Hasta ahora, esta rama del Derecho se venía aplicando básicamente por autoridades administrativas especializadas en la materia. Los jueces sólo actuaban después del pronunciamiento administrativo, para hacer el correspondiente control de legalidad. En esencia, se trataba de un control de forma, que no de fondo, sobre las decisiones adoptadas.

La reforma de la legislación comunitaria ha permitido la aplicación directa de las normas de competencia comunitaria por parte de los jueces nacionales, eliminando el obstáculo que lo impedía, a saber, la aplicación exclusiva del art. 81.3 por la Comisión.

En España, la actual Ley de Defensa de la Competencia (LDC) no contempla la aplicación por los jueces de la normativa de competencia

y la reclamación de daños por infracción de dicha normativa sólo se puede plantear una vez que la resolución administrativa es firme. Dado que dicha firmeza no se alcanza hasta aproximadamente diez años después del inicio del expediente de infracción, el ejercicio de la reclamación de daños ante los jueces se ha visto fuertemente desincentivado en nuestro país.

Para solventar este problema y alinear nuestra legislación con la comunitaria, el nuevo proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, en su Disposición adicional primera, otorga competencias a los jueces de lo mercantil para aplicar los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, en línea con lo previsto en el Reglamento CE 1/2003 del Consejo Europeo, en relación con los arts. 81 y 82 del Tratado de la CE.

Esta reforma tendrá presumiblemente dos efectos: por un lado, aumentar la aplicación de la legislación de competencia por las instancias judiciales, y de otro, animar la reclamación de daños derivados de la infracción de esta legislación al acelerar los plazos para su concesión.

La aplicación directa del Derecho de la competencia por los jueces constituye un reto muy significativo para las autoridades judiciales, que no es otro que la toma de decisiones correctas sobre cuestiones económicas complejas en plazos razonables. Para ello resulta de enorme utilidad el desarrollo de análisis económico y la utilización de técnicas económicas y cuantitativas.

La denuncia ante un juez de una práctica restrictiva y la reclamación, en su caso, de la indemnización por los daños que dicha conducta haya provocado, exigirá probar tres cuestiones. En primer lugar, la comisión de una conducta prohibida por la ley, cuestión que hasta ahora hacía la autoridad administrativa. En segundo lugar, la causalidad, esto es, la relación entre la conducta ilícita y el daño sufrido por la parte demandante. Y, finalmente, la cuantía del daño, que no es otra cosa que la determinación del importe preciso que restituya el daño emergente y el lucro cesante provocado por la conducta ilícita. Estas dos últimas cuestiones son novedosas, dado que hasta fechas recientes no se han dictado sentencias de daños basadas en infracciones de la LDC, dado lo mucho que han tardado en adquirir firmeza las primeras resoluciones del TDC en aplicación de la Ley 17/89.

En este artículo mostramos la utilidad del análisis económico para decidir correctamente sobre estas cuestiones. En la sección 2 exponemos cómo un enfoque tradicional, basado en los aspectos formales, resulta insuficiente para decidir adecuadamente acerca de la licitud de las conductas. Para ello nos centramos en el análisis del abuso de posición de

dominio, mostrando cómo el empleo del análisis económico contribuye a mejorar la calidad de las decisiones. La reclamación de daños va a cobrar una importancia creciente con la aplicación judicial y una correcta estimación del daño constituye un elemento clave. En la sección 3 mostramos cómo el análisis económico provee de instrumentos para la cuantificación precisa de los daños producidos por infracciones a la normativa de competencia. Finalmente, en la sección 4 concluimos sobre los posibles efectos de la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, advirtiendo de los riesgos que dicha reforma conlleva y la forma de solventarlos.

2. ANÁLISIS ECONÓMICO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

A) La modernización del Derecho de la competencia

La aplicación de la política de defensa de la competencia tiene dos dimensiones: la legal y la económica. La primera proporciona los aspectos formales, o de procedimiento, que resultan necesarios para garantizar el carácter predecible de esta intervención pública, reforzando la seguridad jurídica de los agentes económicos ante tal intervención. La segunda se refiere al fondo, esto es, a las cuestiones sustantivas relativas a los problemas económicos subyacentes en las relaciones entre empresas competidoras, o entre éstas y sus proveedores, clientes o consumidores finales. La correcta combinación de los aspectos jurídicos y económicos es una labor compleja y no siempre se ha conseguido en su justo equilibrio.

La aplicación de la normativa de defensa de la competencia en la Unión Europea, y en España, se ha caracterizado por la preponderancia de las cuestiones de forma sobre las de fondo. Una tradición jurídica formalista, la relativa novedad del Derecho de la competencia en nuestro ordenamiento y la falta de experiencia en la aplicación del análisis económico han centrado la aplicación en los aspectos formales, obviando los efectos negativos que dicha aplicación podía tener sobre el funcionamiento de los mercados y limitando, en ocasiones, la libertad de empresa en perjuicio del consumidor, que es precisamente a quien la política de defensa de la competencia pretende proteger.

El reconocimiento de las limitaciones del enfoque basado en las cuestiones formales ha provocado una profunda reforma en la aplicación del Derecho de defensa de la competencia, que se ha conocido con el nombre de *modernización*. En esencia, esta transformación trata de reforzar el análisis económico en las decisiones de competencia, pasando de un

enfoque basado en cuestiones formales, a otro basado en los efectos de las conductas.

B) El análisis tradicional del abuso de posición de dominio

En esta sección se muestra cómo la valoración del abuso de posición de dominio desde una perspectiva formalista puede llevar a decisiones equivocadas, en el sentido de prohibir comportamientos positivos para el mercado y los consumidores o de admitir otros perjudiciales.

Para valorar este tipo de conductas, el enfoque tradicional se estructura a través de los siguientes pasos. Se comienza definiendo el mercado relevante. Sobre la base de la definición alcanzada, se identifica la estructura del mercado, y de las cuotas resultantes se obtiene una presunción sobre la existencia o no de posición de dominio. Esta presunción se confirma o rechaza con un cierto análisis de barreras de entrada y poder compensador de la demanda, basado en gran medida en cuestiones formales. Si se concluye que existe dominio, se aplican unas prohibiciones *per se* (conductas prohibidas independientemente de su efecto en el mercado), y en su caso, se sanciona al operador en cuestión por haber realizado alguna de las conductas prohibidas. Veamos en detalle cada uno de los pasos.

a) *Definición del mercado relevante*

La definición del mercado relevante en la aplicación del Derecho de la competencia pretende identificar el contexto competitivo al que se enfrenta(n) la(s) empresa(s) objeto de investigación. Esto supone identificar el conjunto de productos (bienes y servicios) que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo, y el área geográfica en que las condiciones de competencia para el suministro de dicho producto son suficientemente homogéneas y, a su vez, diferentes de otras áreas geográficas próximas.

La definición de mercado relevante es puramente instrumental en tanto que sirve para determinar el conjunto de bienes o servicios a los que referir el poder de mercado de la empresa investigada. Sin embargo, según sea definido el mercado así lo será también el dominio de la empresa y por tanto una definición acertada del mismo será determinante para juzgar correctamente el comportamiento de la empresa.

Es por ello que la definición de los mercados no puede realizarse de forma mecánica, sino que requiere de un análisis económico riguroso. Con frecuencia, la definición del mercado de producto a la que se llegó

en un mercado geográfico distinto, o incluso a la que se llegó en el mismo mercado geográfico en el pasado, no es válida. El carácter cambiante de los mercados (debido a cambios tecnológicos, regulatorios, de las preferencias de los consumidores, etc.) hace que sea imprescindible analizar la situación concreta del mercado en el momento en el que se realizaron las conductas objeto de análisis.

Además, puede suceder que el mercado en el que se ha realizado la presunta conducta restrictiva de la competencia no haya sido objeto de análisis en el pasado, siendo necesario definirlo *ex novo*.

La correcta definición del mercado puede requerir la obtención de evidencia mediante el empleo de técnicas cuantitativas (estadísticas o econométricas), que permitan recoger y procesar una buena cantidad de información de mercado, así como explicar el contexto competitivo al que se enfrentan las empresas.

Así, la determinación del grado de sustituibilidad entre distintos productos por el lado de la demanda, como ejercicio básico para conocer el conjunto de bienes que se considera dentro de un mismo mercado, puede realizarse mediante el empleo de técnicas cuantitativas que manejan datos reales obtenidos en el mercado y cuyos resultados pueden ser de gran utilidad para tomar decisiones. La validez de cualquier hipótesis que se realice sobre la supuesta sustituibilidad de determinados bienes para un conjunto definido de consumidores quedará mejor contrastada con datos reales sobre el comportamiento efectivo de dichos consumidores ante variaciones en los precios que mediante las opiniones subjetivas de las partes en el proceso o lo que se haya dicho en procesos anteriores.

Es claro que el empleo de algunas de las técnicas cuantitativas más utilizadas, como el análisis de correlación de precios, la estimación econométrica de la elasticidad de la demanda residual o los contrastes de causalidad, contribuyen en gran medida a sofisticar el análisis de definición de mercados relevantes y que su empleo reforzará cualquier hipótesis de partida siempre que se disponga de la información necesaria y que se haga un análisis robusto de la misma.

El análisis económico puede asimismo ser empleado para la definición del mercado geográfico relevante¹. Los factores a tomar en cuenta serán los costes de transporte, el valor del bien en cuestión y el aumento hipotético de precios que se quiera considerar. Suponemos un bien cuyos costes de producción son de 10 euros, unos costes de transporte de un

¹ Ejemplo extraído de H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*, Third edition.

euro cada 100 km y un incremento hipotético de precio del 10 por 100 sobre el precio competitivo. Bajo estos supuestos el mercado geográfico mínimo será de 500 km, dado que para cualquier suministrador que se encuentre a no menos de 500 km de distancia será rentable suministrar el bien [500 km * 1 euro cada 100 km = 5 euros (10 por 100 de 50)].

Así la fórmula $M_r = I * C / T$ nos indica la extensión mínima del mercado geográfico para el suministro de un bien, donde

M_r es el radio mínimo del mercado geográfico expresado como un círculo cuyo centro es la localidad de la planta de producción de la empresa considerada,

I es el incremento de precio supuesto por la autoridad para garantizar la competencia,

C es el coste de producción del bien y

T es el coste de transporte por unidad de distancia.

Los problemas asociados a la definición del mercado relevante en casos de competencia ya fueron desarrollados con más detalle en JIMÉNEZ *et al.* (2006)².

La falta de información disponible en muchos mercados acerca de la evolución de precios y cantidades de los productos objeto de análisis o los costes asociados a este tipo de estudios complejos constituyen sin duda obstáculos al empleo de este tipo de técnicas a la hora de definir mercados. Es por ello que con frecuencia las decisiones se basan en precedentes decididos en otros mercados o desarrollan análisis menos complejos, basados en las características técnicas de los productos o en encuestas sobre las preferencias de los consumidores. Como consecuencia de ello aumentan las probabilidades de que el mercado se acabe definiendo de forma incorrecta y con ello que se adopten decisiones perjudiciales para el mercado.

Por tanto, para reforzar el análisis de la definición de mercados se deberá, siempre que sea posible, utilizar el análisis de datos empíricos, dado que el mismo dotará de mayor solidez a las decisiones adoptadas.

b) *Análisis de la posición de dominio*

Una vez definido el mercado, el siguiente paso para sancionar una práctica restrictiva de la competencia ha consistido en determinar si la empresa cuyas prácticas están siendo analizadas ostenta o no una posi-

² F. JIMÉNEZ *et al.*, «Dificultades para la Definición del Mercado Relevante», en *El Abuso de la Posición de Dominio*, Fundación Rafael del Pino, Colección Derecho, Marcial Pons, núm. 8, 2006, pp. 33-60.

ción de dominio. Se trata de un punto esencial, ya que si se muestra que la empresa no tiene dominio no resultará necesario el análisis de la práctica en cuestión.

La ausencia de una definición precisa del concepto de posición de dominio en las normativas comunitaria y nacional constituye una primera evidencia de la dificultad de identificar de forma precisa este aspecto esencial en la aplicación del Derecho de defensa de la competencia. La jurisprudencia comunitaria ha definido la posición de dominio como aquella que proporciona a una empresa la capacidad de impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en un mercado al otorgarle el poder de actuar con un apreciable grado de independencia con respecto a sus competidores, sus clientes y los consumidores finales³.

Desde el punto de vista económico la posición de dominio se asimila al concepto de poder de mercado, entendido éste como la capacidad de mantener precios supracompetitivos de manera rentable. El concepto de poder de mercado es central no sólo para el examen de la figura del abuso de posición de dominio sino para la política de competencia en su conjunto. Sin poder de mercado difícilmente se podrá afectar negativamente al funcionamiento de los mercados.

El enfoque legalista basado en la capacidad de comportamiento independiente no nos dice gran cosa acerca de la existencia o no de poder de mercado, pues nominalmente cualquier empresa —con independencia de su presencia relativa en el mercado— puede comportarse de manera independiente, esto es, de fijar los precios o las condiciones que le parezca oportuno.

Lo relevante no es la capacidad de comportamiento independiente sino las consecuencias que de ella se derivan. Aquí el análisis económico sí que nos ayuda, dado que lo que distingue a una empresa dominante de otra que no lo es, es la rentabilidad del aumento de precios⁴. Una empresa dominante —con poder de mercado— encuentra rentable un aumento de precios por encima del nivel competitivo, mientras que una que no lo es no.

El enfoque formalista se ha apoyado en exceso en las cuotas de mercado como medio para definir la existencia de posición de dominio. Determinar si se superan o no determinados umbrales de cuota de mercado para constatar la existencia o no de dominancia resulta indudable-

³ Definición basada en la sentencia del caso 27/76 *United Brands v. Comisión Europea*, del 14 de febrero de 1978.

⁴ O de otro tipo de conductas no directamente basadas en precios como la vinculación o el empaquetamiento, por ejemplo.

mente más sencillo que realizar un análisis exhaustivo del mercado en cuestión, aunque posiblemente erróneo.

El análisis de cuotas debe emplearse como una primera criba en la investigación de una posible posición de dominio pero en ningún caso como determinante de la misma. Así elevadas cuotas de mercado son compatibles con resultados competitivos en, por ejemplo, *bidding markets*, en los que la competencia se plantea previamente y el monopolista se compromete a producir cantidades y precios de competencia, o en mercados muy dinámicos con elevados crecimientos y cambio tecnológico constante, en los que una elevada cuota de mercado hoy no tienen por qué mantenerse en el medio plazo.

Por ello, ni el número de empresas ni el grado de concentración tienen por qué ser buenos indicadores del grado de competencia en el mercado⁵.

En este contexto la doctrina parece haberse ido apartando progresivamente en los últimos años de una visión excesivamente estructuralista centrada en las cuotas y reconociendo la necesidad de tomar en cuenta otros elementos del análisis económico a la hora de definir una posición de dominio⁶.

• **Barreras significativas a la entrada.** En ausencia de barreras significativas a la entrada, se ha venido reconociendo que una empresa, incluso con una cuota de mercado elevada, no puede actuar de forma independiente a la restricción competitiva que le impone la amenaza de entrada potencial.

Existen dos tipos de barreras a la entrada: las legales y las económicas. Las primeras no plantean problemas de identificación. No obstante, la caracterización de las segundas es compleja, y su valoración también requiere de cierto análisis económico y de observación de la evidencia en el mercado. La tipificación de estas barreras es compleja, entre otras cosas, por las diferentes definiciones de barreras económicas que ha proporcionado la literatura económica y, a su vez, por las diferencias entre estas definiciones y lo que se ha entendido en la aplicación del Derecho de la competencia⁷.

⁵ Adicionalmente cabría añadir que un elevado grado de concentración no ha de implicar necesariamente un menor bienestar social. Así, en presencia de economías de escala una mayor concentración no implica menor bienestar social sino al contrario (mayor eficiencia, menores costes). Además, si una empresa es más eficiente ganará más cuota y aumentará la concentración, lo que de ningún modo es indicativo de menor bienestar.

⁶ Véanse al respecto las Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales.

⁷ R. PRESTON MCAFEE, H. M. MIALON y M. A. WILLIAMS, «What Is a Barrier To Entry?», *American Economic Review*, vol. 94, núm. 2, mayo 2004.

En función de lo que entendamos por barreras económicas, podemos llegar a conclusiones contradictorias sobre la existencia de las mismas. En cierta medida, la valoración sobre la existencia o no de barreras a la entrada es una cuestión de grado, de forma que en cada caso concreto es preciso evaluar en qué medida determinados aspectos pueden disuadir la entrada de nuevos competidores en el mercado analizado.

En sentido estricto, se podría considerar que las barreras de entrada vienen dadas por aquellos costes que tendrán que soportar los entrantes, pero no el incumbente. Podría incluso restringirse aún más la definición considerando como barrera la que viene determinada por aquellos costes en los que tiene que incurrir el entrante y en los que no tuvo que incurrir el incumbente cuando inició su actividad en el mercado.

No obstante, tradicionalmente las autoridades de competencia han seguido una concepción mucho más amplia del concepto de barrera, incluyendo todos «aquellos obstáculos a los que deben hacer frente los potenciales competidores y que pueden incidir en la decisión de entrada en el mercado hasta el punto de eliminar su posible efecto disciplinante sobre los operadores ya presentes»⁸.

Así, se han considerado como barreras económicas a la entrada la existencia de economías de escala, los costes hundidos característicos de la inversión en investigación o en publicidad e imagen de marca, el acceso privilegiado a factores de producción, los costes de creación de la red de distribución o los obstáculos al acceso a la misma, la integración vertical, las ventajas estratégicas, los costes de cambio de los consumidores, etc.

Una aplicación mecanicista del concepto de barreras cada vez que concurren los elementos mencionados plantea el problema de declarar el dominio con mayor frecuencia de la que sería deseable, con los problemas que ello plantea desde el punto de vista del análisis sustantivo y de la imposición de obligaciones más allá de lo económicamente eficiente.

Si se considera como barrera a la entrada cualquier ventaja competitiva del establecido frente al potencial entrante, estaremos actuando sistemáticamente en contra del que posee dicha ventaja y a favor del entrante, con independencia del efecto que dicha actuación tenga sobre los consumidores. Se trata de una forma de regulación asimétrica en

⁸ Subdirección General de Concentraciones del Servicio de Defensa de la Competencia, *Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del Servicio de Defensa de la Competencia* (disponible en <http://www.dgdc.meh.es/ElementosAnálisisConcentraciones.htm>).

contra del operador exitoso en el mercado, olvidando los esfuerzos que éste ha realizado para alcanzar su posición y los beneficios sociales que ello puede reportar. Parece por ello conveniente distinguir entre las ventajas legítimas —aquéllas obtenidas gracias a una gestión eficiente por parte del operador analizado— de las ilegítimas —las alcanzadas por motivos ajenos a la mayor eficiencia y capacidad para asumir riesgos del mismo— a la hora de analizar la contestabilidad del mercado.

• **Poder de compra por el lado de la demanda.** El poder de compra de los clientes puede impedir a una empresa con una elevada cuota de mercado actuar de forma independiente, puesto que ante una subida de precios suficientemente por encima del nivel competitivo los clientes pueden reaccionar dirigiéndose a otros proveedores o promoviendo la entrada de un nuevo proveedor. No obstante, el análisis del poder compensador de la demanda no suele recibir mucha atención, y cuando lo ha recibido ha sido con cierto recelo, destacándose que en todo caso los consumidores pueden acabar soportando un sobreprecio⁹.

En definitiva, aunque parece que existe un amplio consenso acerca de la necesidad de superar la mera observación de las cuotas como mecanismo para declarar una posición dominante, la consideración del análisis de los otros elementos necesarios para alcanzar conclusiones acertadas acerca de esta cuestión se encuentra todavía en una fase incipiente caracterizada por un análisis excesivamente formal. Es deseable que en el futuro se profundice en el análisis y se dé una mayor importancia a las circunstancias concretas de cada mercado mediante el análisis de datos.

c) *Valoración de la conducta*

Una vez decidida la posición de dominio del operador objeto de análisis, se pasa a analizar el carácter restrictivo de la conducta realizada por el mismo, habiendo una clara tendencia a aplicar una serie de prohibiciones *per se*. Algunas de estas prohibiciones vienen del propio texto de la ley. Por ejemplo, el proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, en su art. 2, prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio, y a título de ejemplo establece una serie de conductas que se consideran abusivas. Por ejemplo, se prohíben la imposición de precios no equitativos [apartado *a*)], la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes [apartado *d*)] y la subordinación de la cele-

⁹ P. DOBSON, M. WATERSON y A. CHU, *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*, realizado para la Office of Fair Trading, Research Paper 16, 1998.

bración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias [apartado *e*]).

El apartado *a*) va en la dirección de prohibir los precios excesivos, el *d*) en la prohibición sobre la discriminación, y el *e*) en el sentido de que un operador dominante no puede empaquetar o vincular la venta de distintos productos.

No obstante, prohibir los precios excesivos, o lo que es lo mismo, los beneficios excesivos, puede ir en contra del mercado, y puede hacer que las autoridades de competencia acaben actuando como reguladores. El beneficio es la esencia del mercado, y los esfuerzos por innovar, invertir y mejorar la gestión de las empresas, no buscan otra cosa que los mayores beneficios. Por tanto, intervenir contra los beneficios es poco aconsejable, desde una perspectiva económica.

Por otra parte, la discriminación, la vinculación y el empaquetamiento pueden ser prácticas habituales de mercado, pueden tener una justificación objetiva, generar eficiencias y resultar beneficiosas para el consumidor. Por tanto, con esta forma de aplicar el Derecho de la competencia, basada en prohibiciones *per se*, se corre un elevado riesgo de restringir innecesariamente la iniciativa privada.

Por ejemplo, veamos cómo se valoraría la política de precios del operador dominante con esta metodología. Si se están examinando posibles precios excesivos, a nada que el operador dominante tenga beneficios significativos, es relativamente fácil concluir que ha abusado, ya que nada se ha dicho sobre el nivel a partir del cual los precios son excesivos. Es cierto que la intervención en contra de los beneficios excesivos no suele perseguirse, entre otros motivos porque los beneficios son la esencia del mercado, y la empresa no asume determinados riesgos, en sus decisiones de inversión, innovación o investigación, si no es por la esperanza de obtener una buena recompensa a la asunción de dichos riesgos.

En el caso de los precios predatorios, éstos suelen valorarse tomando como referencia un determinado parámetro de costes, por debajo del cual se consideran que están prohibidos. No obstante, existe cierta controversia sobre cuál es el parámetro de costes que se considera adecuado. Si se toma el parámetro de costes equivocado, o si no se tienen debidamente en cuenta las justificaciones económicas sobre el por qué se vende por debajo de costes que se tome como referencia, se estaría limitando la capacidad de competir de los operadores más exitosos, lo cual no tiene mucho sentido.

En resumen, con el enfoque tradicional de aplicación del Derecho de la competencia se corre un elevado riesgo de definir el mercado de

una forma restrictiva, deducir de una forma excesivamente mecanicista que existe una posición de dominio y sancionar sin excesivo análisis las políticas comerciales de las empresas declaradas como dominantes. Basta con que alguno de estos análisis sea equivocado para que la decisión también pueda serlo.

Si el mercado está definido de una forma excesivamente restrictiva, se facilita la conclusión equivocada sobre el dominio y la consecuente sanción por la realización de una conducta *per se*. Si el mercado está bien definido pero el dominio no, considerando como dominante a una empresa que no lo es, el resultado es el mismo. Incluso, si el mercado y el dominio están bien identificados, la prohibición *per se* puede ser equivocada.

En definitiva, tanto los jueces como las autoridades administrativas de la competencia deberán hacer un esfuerzo por basar sus decisiones sobre el análisis económico y especialmente sobre los posibles efectos de las conductas. Esto no necesariamente significa una mayor complejidad en el análisis, ya que como señalan algunos autores, al identificar los efectos, todo el análisis de la definición del mercado relevante y la identificación del dominio no es estrictamente necesario¹⁰.

3. ANÁLISIS ECONÓMICO EN CASOS DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS

Una de las principales implicaciones de la atribución de facultades a los jueces para resolver sobre abusos de posición de dominio y acuerdos restrictivos de la competencia es que cualquier persona física o jurídica tendrá la posibilidad de reclamar directamente a los jueces, no sólo el cese de la práctica, como sucedía hasta ahora, sino también las indemnizaciones causadas por las infracciones a las normas de competencia.

La estimación del lucro cesante por las infracciones al Derecho de la competencia es especialmente compleja, y para ella el análisis económico constituye una herramienta de trabajo esencial para facilitar la prueba sobre los efectos de las conductas y permitir su adecuada cuantificación.

Veamos las cuestiones que habrá que probar en las reclamaciones del lucro cesante por prácticas restrictivas de la competencia. En aplicación del art. 1.902 del Código Civil, se deberá probar, en primer lugar, la culpabilidad de la conducta. En los casos en los que no haya habido

¹⁰ EAGCP (2005), *An economic approach to Article 82*, julio (disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf).

un pronunciamiento previo del Tribunal de Defensa de la Competencia o de la futura Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, se deberá probar que la empresa demandada ha infringido la normativa de competencia.

En segundo lugar, deberá establecerse la relación de causalidad entre la conducta realizada por la empresa infractora y el daño sufrido por el denunciante. Normalmente, esta relación deberá probarse incluso si ha habido antes una decisión de la autoridad administrativa que calificase la conducta en cuestión como contraria a la legislación de la competencia. Esto será especialmente necesario cuando la decisión esté basada en cuestiones de forma y no en el análisis de los efectos de la práctica ilegítima, ya que, como hemos visto en la sección anterior, el análisis tradicional no necesariamente se basa en los efectos de las conductas.

El análisis de la causalidad es esencial, entre otras cuestiones, porque el resultado de una determinada actividad empresarial no depende de una única variable, sino de un conjunto de ellas. Por tanto, no basta con probar, por ejemplo, la coincidencia temporal entre una peor evolución de las ventas de la empresa denunciante y la realización de una práctica restrictiva por parte de la empresa denunciada. Aquí, el análisis económico resulta imprescindible para poder aislar del resto de variables el efecto de la conducta anticompetitiva sobre los resultados en la actividad del competidor supuestamente dañado o, en su caso, de sus proveedores o consumidores.

Pongamos el ejemplo siguiente. Supongamos un caso hipotético, en el que el operador antiguo monopolista de una determinada industria reacciona de forma anticompetitiva ante la entrada exitosa de un nuevo rival, tras el proceso de apertura y liberalización de la industria. Supongamos que el nuevo entrante se hace con un 4 por 100 del mercado en los dos primeros años. En ese momento, el incumbente reacciona de forma anticompetitiva, y a partir de entonces el nuevo entrante no consigue aumentar su cuota de mercado. ¿Puede imputarse tal pérdida a la conducta del dominante?

Para responder a esta pregunta es necesario realizar un riguroso análisis de causalidad, tal y como se ha establecido en la literatura económica¹¹. Efectivamente, cuando se trata de cuantificar en qué medida ha afectado una supuesta conducta anticompetitiva a los resultados de un competidor, el análisis económico debe ir más allá del mero contraste de la coincidencia temporal entre la conducta del operador dominante y

¹¹ L. STIROH, *Proving Causation in Damages Analyses*, NERA Antitrust Insights, March-April 2004 (disponible en http://www.nera.com/NewsletterIssue/AT%20Insights_ar-Apr%202004.pdf).

los resultados de la empresa demandante en el mercado. En otras palabras, la coincidencia temporal no necesariamente implica causalidad. El análisis económico permite aislar el efecto de la conducta en cuestión del resto de las variables que determinan el resultado del mercado.

La jurisprudencia española coincide en este sentido con los que proponen el empleo del análisis económico, al destacar la importancia del análisis del nexo causal entre la conducta restrictiva de la competencia y el daño infringido al competidor. Así, por ejemplo, al pronunciarse sobre la indemnización por el lucro cesante, el Tribunal Supremo afirma lo siguiente:

«El principio básico de la determinación del lucro cesante es el que se delimita por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso; ... las ganancias que pueden reclamarse son aquellas en que concurre similitud suficiente para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico»¹².

En el mismo sentido, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, del 10 de febrero de 2003, se dice:

«el Tribunal de Defensa de la Competencia impuso una sanción a la demandada por la realización de una práctica restrictiva de la competencia, siendo ello confirmado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia de 26 de enero de 1998, pero esto en absoluto permite concluir como probada la relación de causalidad que la apelante pretende dar por demostrada con dichas resoluciones [...]; ni ese informe-propuesta, ni esa resolución, ni la sentencia recaída en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, producen efectos positivos de la cosa juzgada material en la presente, no bastando dichas resoluciones, cual entiende erróneamente la parte apelante, para dar por probada un relación de causa efecto que debería de haber sido acreditada sin margen de duda en este pleito civil»¹³.

En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Nacional de Madrid, en el caso *Conduit Europe, S. A.*, cuando en el Fundamento Jurídico noveno dice:

«No se trata por lo tanto de determinar la cuantificación del daño, sino de apreciar si consta debidamente acreditado que la producción del daño deriva del ilícito o del incumplimiento que se atribuye a la demandada [...] Se genera por tanto la duda razonable (y más que dudas, se llega a desvirtuar la conexión,

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2003 (RJ 2003/4629).

¹³ Jurisdicción: Civil. Recurso núm. 727/2002. Jueces y Tribunales. Responsabilidad extracontractual. Audiencia Provincial de Valencia. Sección Undécima. Rollo núm. 727/02. Demandante-apelante: MIGUEL LINARES, S. L. Demandado-apelado: ASOCIACIÓN NAVIERA VALENCIANA. Sentencia núm. 76/03. En la ciudad de Valencia, a 10 de febrero de 2003.

como se indicó) sobre el presupuesto referido a la acción indemnizatoria en el ámbito del lucro cesante, que no admite deducciones inseguras o carentes de la necesaria certeza»¹⁴.

Por todo ello, se ha de concluir, como indican diversos autores, que:

«la mera declaración de la infracción por parte del TDC o de la Comisión Europea no son suficientes a efectos de acreditar el nexo causal entre la acción y el daño, por cuanto, independientemente de la responsabilidad del autor por la conducta anticompetitiva, los daños sufridos por terceros pueden haber resultado de factores ajenos a aquélla»¹⁵.

El análisis económico es de una extrema utilidad no sólo para establecer este imprescindible nexo de causalidad, sino también para cuantificar el daño producido a la empresa demandante. Para conocer el beneficio que la empresa habría obtenido de no haberse realizado una práctica restrictiva de la competencia es necesario reconstruir la realidad del mercado y hacer una simulación de cuál habría sido el éxito de la empresa dañada en ausencia de dicha práctica.

Este ejercicio de simulación puede estar basado en el empleo de técnicas econométricas y en la construcción de modelos mediante supuestos inspirados en la teoría económica. La fiabilidad de las estimaciones resultantes de dichos modelos dependerá del grado de adecuación del modelo con la realidad del mercado y de la información que se incluya en la simulación. Por ello, para realizar la valoración resulta necesario efectuar un examen en profundidad de los distintos elementos que componen el ejercicio, todos ellos desde una perspectiva eminentemente económica.

A continuación se explican a grandes rasgos algunos fundamentos de la metodología comúnmente aplicada para estimar los daños causados a terceros por infracciones del Derecho de defensa de la competencia. Con objeto de simplificar la exposición, tomaremos como ejemplo el caso de un acuerdo de precios entre compañías competidoras, si bien la misma metodología es aplicable a muchas otras infracciones de competencia.

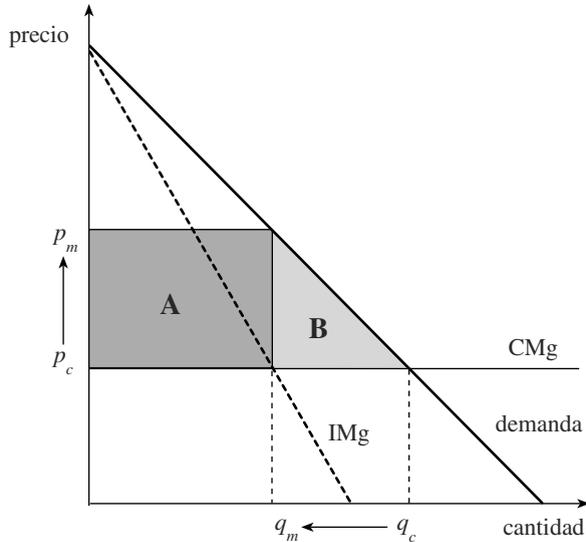
La figura 1 muestra gráficamente el daño causado por una infracción que tiene el efecto de subir los precios por encima del nivel competitivo. Tal podría ser el caso de un cártel o acuerdo de fijación de precios entre compañías, o el de una empresa dominante que fija precios

¹⁴ Sentencia 00073/2006, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección núm. 28. Conduit Europe, S. A., contra Telefónica.

¹⁵ C. FERNÁNDEZ, «La Eficiencia Real del Derecho de la Competencia: La Indemnización de los Daños Causados», en *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, Fundación Rafael del Pino, colección Derecho, Marcial Pons, núm. 4, p. 183, 2005.

FIGURA 1

LA NATURALEZA DEL DAÑO POR ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE



excesivos o que realiza cualquier otro tipo de práctica para subir los precios desde, supongamos, el nivel competitivo (p_c) hasta el nivel de monopolio (p_m). El análisis gráfico identifica el daño realizado a los clientes o a los consumidores finales como la suma de las áreas A y B.

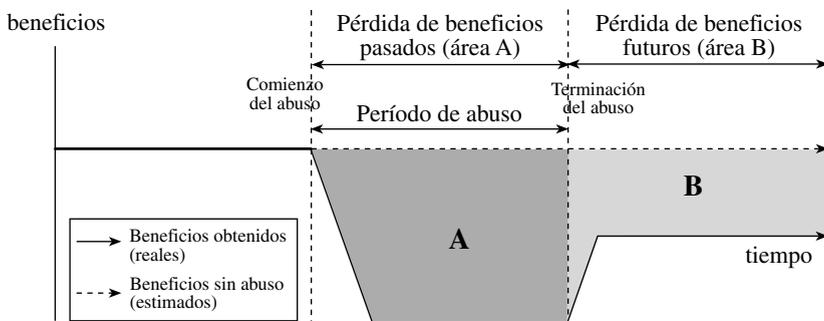
El objeto de la indemnización consiste en restituir a la parte dañada, dejándola en una situación financiera igual a la que habría tenido en caso de no producirse la infracción. Por tanto, el importe de la indemnización se calcula como la diferencia entre los beneficios que el denunciante habría tenido en ausencia de la infracción y los que ha tenido en realidad.

Sin embargo, mientras que los beneficios obtenidos son normalmente observables y cuantificables, los beneficios que habría obtenido en ausencia de la infracción no son observables, sino que hay que estimarlos. Este escenario ficticio es lo que en terminología económica anglosajona se denomina el *but-for world*, en contraposición con el mundo real en el que ha tenido lugar la infracción de competencia.

El problema se complica aún más en aquellos casos en los que los efectos económicos sobre la parte dañada no terminan en el momento que acaba la infracción, sino que se prolongan en el futuro. En ese caso, también resulta necesario estimar los beneficios que la parte dañada

obtendría en el futuro en el escenario *but-for world*, en el que no se hubiese producido la infracción, así como predecir los beneficios que obtendrá en el futuro una vez terminada la infracción. Esto se observa con mayor claridad en términos gráficos, como puede apreciarse en la figura 2.

FIGURA 2
DAÑO PASADO Y DAÑO FUTURO COMO CONSECUENCIA
DE UN ABUSO



Para la estimación del denominado *but-for world*, por ejemplo, el precio que hubiese prevalecido en caso de no haberse producido la infracción, las tres metodologías más utilizadas son las siguientes:

- **Comparación temporal.** Esta metodología consiste en asumir que la evolución de la variable analizada (precio, ventas, beneficios, etc.) antes del período de la infracción, o después del mismo, constituye un buen indicador de la evolución que hubiese tenido durante el período de la infracción. Este método es adecuado cuando la variable que se pretende estimar es estable en el tiempo y no está sujeta a grandes fluctuaciones, salvo las que haya podido provocar la infracción que es objeto de análisis. Sin embargo, este método presenta diversas limitaciones, no siendo apropiado cuando la variable a estimar fluctúa como consecuencia de la incidencia de otras variables. Además, este enfoque no es factible cuando no existe ni un antes ni un después que sirvan como marco de referencia, por ejemplo, cuando la empresa que recibe el daño es un nuevo entrante en el mercado y no ha pasado aún tiempo suficiente tras el fin de la infracción.

- **Comparación con otros mercados.** Esta metodología consiste en suponer que la evolución de la variable de interés en otros mercados en

los que no se han producido infracciones anticompetitivas puede constituir un buen indicador de la evolución que hubiese seguido en el mercado relevante en ausencia de la infracción. Este enfoque puede resultar útil en aquellos casos en los que la metodología anterior no resulte aplicable y existan mercados que presenten características competitivas similares. Sin embargo, en ocasiones resulta complicado encontrar mercados comparables, lo cual dificulta este tipo de análisis.

- **Enfoque econométrico.** La metodología más completa y apropiada para reconstruir el *but-for world* consiste en ajustar un modelo econométrico, en el que la variable a estimar esté explicada por una serie de variables relevantes, entre ellas una variable artificial (o *dummy*) que tenga en cuenta el período en el que se produjo la infracción. La metodología econométrica permite aislar el efecto de la infracción de los restantes factores que inciden en la variable analizada. Se trata del enfoque más completo para estimar la situación que hubiese prevalecido si no se hubiese producido una infracción. El principal inconveniente que presenta el enfoque econométrico es que tiene unos requerimientos de información muy superiores al de las otras dos metodologías, y dicha información no siempre es fácil de obtener.

4. CONCLUSIONES

La reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, que prevé su aplicación directa por parte de los jueces, tiene el indudable potencial de aumentar sustancialmente la efectividad de la Ley y su carácter disuasorio. Por una parte, aumentarán significativamente los recursos destinados a la persecución de prácticas restrictivas de la competencia, al incorporarse nuevas autoridades en su persecución y al permitir que las empresas denunciadas sean restituidas por los daños sufridos. Por otra, disminuirán los plazos en los que las decisiones se harán firmes, precisamente porque los jueces aplicarán directamente la Ley. Con ello, cabe pensar que con estos cambios las empresas abusarán en menor medida de sus posiciones de dominio y disminuirán los acuerdos restrictivos de la competencia. En definitiva, se conseguirá un mejor funcionamiento de los mercados, que redundará en beneficio de los consumidores.

Sin embargo, estos cambios normativos e institucionales no están exentos de riesgos. La aplicación del Derecho de defensa de la competencia tiene un fuerte contenido económico, tal y como han aceptado los sistemas de competencia de mayor prestigio del mundo. Éste es el caso de los Estados Unidos desde hace años, y más recientemente de la Unión Europea, donde así se ha reconocido en las sucesivas reformas llamadas

de modernización, y en su propia organización interna, en la que la figura del Chief Economist está adquiriendo una progresiva importancia en el análisis de los casos. En cierta medida, en España también se estaba empezando a reconocer la importancia del análisis económico, como lo prueba el hecho de que el SDC y el TDC han pasado a contar con casi tantos economistas como juristas.

La aplicación del Derecho de la competencia merece, por tanto, cierta especialización, lo cual contrasta con la vocación generalista que caracteriza la carrera judicial¹⁶. En la medida en la que el análisis económico es una disciplina nueva en la jurisdicción mercantil, la correcta aplicación del Derecho de la competencia no está exenta de riesgos, cabiendo la posibilidad de que un análisis insuficiente lleve a prohibir conductas procompetitivas con efectos beneficiosos sobre la eficiencia productiva y el bienestar de los consumidores.

Para limitar las probabilidades de estos falsos positivos, o errores tipo I, es decir, la prohibición de prácticas procompetitivas beneficiosas para el consumidor, convendría que se incidiese en distintos ámbitos. Por una parte, será necesario que los economistas seamos capaces de transmitir de forma sencilla los aspectos económicos que han de tenerse en cuenta en el análisis de las conductas objeto de valoración.

Por otra, sería conveniente que jueces cuenten con la necesaria asistencia de economistas. Ésta podrá producirse a través de los mecanismos de coordinación entre autoridades administrativas y judiciales previstos en la Ley, de forma que los economistas de las autoridades administrativas puedan asistir a los jueces en la medida que éstos lo estimen necesario. Simultáneamente, en los casos más complejos, podrá ser también necesaria la colaboración de expertos independientes, públicos o privados, con el fin de que puedan aportar más luz y contribuir en mayor medida a la configuración del criterio de los jueces para resolver determinados asuntos. A este respecto, el previamente citado juez BREYER, partidario de que se otorgue un mayor peso al análisis económico en las decisiones de los jueces, ha defendido «la necesidad de introducir en los juzgados razonamiento económico en aquellas áreas más técnicas, recurriendo a expertos, en lugar de limitarse a enviar a los jueces a seminarios de Economía»¹⁷.

¹⁶ «We do not try to develop different areas of expertise over time. We are generalists», extraído de S. BREYER, *Economic Reasoning and Judicial Review*, AEI-Brookings Joint Center 2003, Distinguished Lecture Presented at the American Enterprise Institute, December 4, 2003.

¹⁷ Traducción propia del texto original en inglés: «The need to introduce economic reasoning in technical areas into the courts through the use of experts, rather than sending judges to economic seminars», extraído de *ibid*.

Finalmente, sería deseable que los jueces encargados de tomar dichas decisiones dispongan de una cierta formación económica que les otorgue un mayor criterio a la hora de dirimir entre interpretaciones contradictorias sobre la realidad de un mercado o los efectos de las prácticas objeto de análisis. En los Estados Unidos, donde el Derecho de la competencia se aplica privadamente desde sus inicios, existen numerosos ejemplos de jueces que han desarrollado un profundo conocimiento de teoría económica¹⁸, y las decisiones complejas están basadas en rigurosos análisis económicos¹⁹. En este sentido, reservar la aplicación del Derecho de la competencia en España a los jueces de lo mercantil permitirá una cierta especialización.

Sólo con una mayor formación y especialización en asuntos económicos podrán los jueces tener un mejor criterio para resolver entre posiciones enfrentadas. Debido a la complejidad que presenta el análisis económico en diversos asuntos, las distintas partes implicadas en un conflicto concreto presentan a menudo argumentaciones contradictorias, estando ambas basadas en distintas concepciones del análisis económico, y en diversas interpretaciones de la compleja evidencia de los mercados.

En ausencia de una adecuada formación en Economía, un juez podría verse en una extrema dificultad, y sin un criterio claro, para distinguir cuál de las dos posiciones enfrentadas es la más acorde con la realidad, o cuál de los modelos presentados se basa en supuestos más plausibles y que describen mejor la realidad del caso concreto al que se aplican. Ante esta situación, se corre el riesgo de que se acabe ignorando o despreciando las técnicas de análisis económico presentadas por las partes o por asesores independientes, que resultan muy útiles para facilitar la toma de decisiones correctas.

En todo caso, es importante destacar el carácter limitado de la función del análisis económico y de los economistas. En ningún caso se trata de sustituir el juicio del juez por el de un economista, sino simplemente poner a disposición del juez elementos y técnicas de análisis que le pueden ser útiles para que sus decisiones cumplan el fin último, que no es otro que promover la eficiencia productiva y el bienestar de los consumidores.

¹⁸ Por ejemplo, R. H. Bork, G. CALABRESI, R. A. POSNER y F. H. EASTERBROOK.

¹⁹ Por ejemplo, en la decisión Oracle/PeopleSoft. United Status District Court. No C 04-0807