



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/C.I/CLP/4
28 de abril de 2009

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de Comercio y Desarrollo
Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho
y Política de la Competencia
Décimo período de sesiones
Ginebra, 7 a 9 de julio de 2009
Tema 3 *a*) del programa provisional
Consultas y conversaciones relativas a los exámenes
sobre derecho y política de la competencia
realizados por otros expertos, examen de
la Ley modelo y estudios relacionados
con las disposiciones del Conjunto de
Principios y Normas

**EL USO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO EN LOS CASOS
DE COMPETENCIA**

Estudio de la secretaría de la UNCTAD

Resumen

El derecho de la competencia se extiende también a conceptos económicos. La dimensión económica de la organización industrial y el derecho de la competencia siguen evolucionando de forma paralela. Hoy en día los organismos reguladores de la competencia destacados recurren casi siempre al análisis económico en su labor de investigación y análisis de los casos de competencia no relacionados con cárteles, y otros organismos lo hacen cada vez con más frecuencia. Según una encuesta de la UNCTAD, las autoridades reguladoras de la competencia de los países en desarrollo recurren cada vez más a los estudios económicos y, en particular, a la econometría, sobre todo para la definición de mercados. Además, algunas de esas autoridades también hacen uso de la economía y la econometría para analizar los efectos que tienen las fusiones para la competencia así como para analizar el abuso de posición dominante y los acuerdos verticales. Uno de los motivos por los que la economía no se aplica más comúnmente al estudio de casos de competencia en los países en desarrollo es la resistencia de los juristas, incluidos los jueces. Esta resistencia puede deberse en parte al temor de que la consideración de los aspectos económicos encarezca o dificulte la aplicación del derecho de la competencia. Ciertas exigencias institucionales, como la obligación de designar a economistas en cargos de alta categoría de las comisiones o para integrar tribunales, también podrían contribuir a incorporar la economía al derecho de la competencia.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1 - 4	4
I. ¿CUÁN DIFUNDIDO ESTÁ EL ANÁLISIS ECONÓMICO?.....	5 - 17	5
A. Incidencia de la utilización del análisis económico.....	7 - 10	6
B. Cuestiones institucionales.....	11 - 17	7
II. METODOLOGÍAS DE ANÁLISIS ECONÓMICO	18 - 41	10
A. Definición del mercado.....	20 - 26	10
B. Evaluación de fusiones	27 - 34	12
C. Evaluación de las restricciones verticales.....	35 - 36	16
D. Acuerdos horizontales.....	37 - 39	18
E. La econometría	40 - 41	18
III. ¿QUÉ ACEPTACIÓN TIENE EL ANÁLISIS ECONÓMICO ENTRE LOS AGENTES PRIVADOS Y LOS TRIBUNALES?	42 - 53	20
IV. CUESTIONES QUE MERECEN UN ANÁLISIS MÁS DETENIDO.....	54 - 58	24
Bibliografía.....		25

INTRODUCCIÓN

1. En su noveno período de sesiones, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia destacó la importancia de aplicar el análisis económico a los casos de competencia y pidió a la secretaría de la UNCTAD que preparara un informe sobre ese tema, basado en contribuciones de los Estados miembros. El presente estudio se elaboró en atención a esa solicitud. En la introducción se hace un breve resumen de la evolución del debate sobre el aporte de la economía a las causas relacionadas con la competencia y la presión a favor de un enfoque más economicista. En los capítulos se examinan los factores que pueden influir en el grado en que se apliquen criterios económicos y la naturaleza de éstos en los casos de competencia. Al final del estudio se examinan los temas que ameritan un mayor análisis.
2. Nadie cuestiona que la economía sea indispensable para la aplicación de las políticas del derecho de la competencia y muchos lo han reiterado enérgicamente¹. En 1916 el juez Louis Brandeis hizo una afirmación que se ha hecho famosa: "un abogado que no ha estudiado economía [...] fácilmente se puede convertir en un enemigo público"; en 1978, el juez Robert Bork declaró que "abandonar la teoría económica es renunciar a la posibilidad de un derecho antimonopolio racional". Si bien el vínculo entre el derecho y la economía está bien establecido, la importancia que se otorga a las consideraciones económicas en el derecho de la competencia es objeto de debates recurrentes. Se considera que las deficiencias del análisis económico contribuyen a que se produzcan errores de análisis, algunos de ellos graves, como la confusión entre los abusos perjudiciales para la competencia y los comportamientos que la favorecen. En todo caso, la aplicación del derecho de la competencia debe seguir siendo administrable por las personas e instituciones encargadas de administrarlo. La legislación anticárteles tiene un componente mucho menor de economía.
3. Las críticas de la Escuela de Chicago fueron determinantes en el cambio que llevó a adoptar un enfoque más economicista en el control de la observancia de la legislación antimonopolio en los Estados Unidos hace varios decenios². Tanto antes como desde entonces, la evolución del estudio económico de la organización industrial ha influido en las prácticas sobre competencia en todo el mundo. A la inversa, dichas prácticas influyen en el estudio económico de la organización industrial. Los avances de la informática facilitan el análisis empírico, tanto desde el punto de vista del costo como de la factibilidad. Las reformas relativamente recientes de las políticas de la Unión Europea (UE) sobre competencia³, que se han

¹ Véase en Kovacic W. E. y Shapiro C. (2000) una reseña de la evaluación paralela de la economía y el derecho antimonopolio a lo largo del último siglo.

² White (2008) explica que la economía ha influido en la legislación antimonopolio de los Estados Unidos por las siguientes vías: a) el desarrollo de la teoría económica; b) la intervención directa de economistas en litigios relacionados con la restricción de los monopolios y en la formulación de políticas; y c) los artículos de economistas sobre casos concretos.

³ Las reformas se inician con las nuevas directrices de 1997, sobre la definición del mercado de referencia (prueba SSNIP) y continúan con la revisión de las normas sobre las restricciones verticales y horizontales en 1999 y 2000, la revisión de los reglamentos sobre fusiones y las directrices sobre fusiones horizontales en 2004, la adopción de las directrices relativas a las

apartado del formalismo para favorecer un análisis basado en los efectos, son un ejemplo de mayor aplicación del análisis económico.

4. Aunque las aportaciones de la economía y los estudios económicos empíricos ocupan un lugar cada vez mayor en la práctica mundial en materia de competencia, no deja de ser preocupante que en algunas jurisdicciones aún no se aplique un enfoque económico coherente y riguroso al control de la observancia de las normas de competencia. En ese contexto, en el presente estudio se examina la capacidad y la propensión de los organismos reguladores de la competencia a emplear debidamente el análisis económico y los beneficios que podría aportar el hecho de que los organismos reguladores de la competencia de todo el mundo dieran mayor importancia al análisis económico en los casos relacionados con la competencia.

I. ¿CUÁN DIFUNDIDO ESTÁ EL ANÁLISIS ECONÓMICO?

5. Según una encuesta reciente⁴, los regímenes de competencia de los Estados Unidos y el Reino Unido son los mejores de los países desarrollados desde el punto de vista de la capacidad técnica para hacer análisis económicos de fusiones y otras operaciones. Estos regímenes están a la vanguardia tanto por la calidad de los análisis económicos como por la importancia que revisten en la consideración de casos sobre competencia. La Comisión Europea y la NMa (el organismo regulador de la competencia de los Países Bajos) ocupan el tercer y el cuarto lugar, respectivamente. Se considera que los organismos reguladores de la competencia de algunos países desarrollados se cuentan entre los mejores, pero no están actualizados o carecen del rigor necesario en el ámbito del pensamiento económico y la aplicación del análisis económico a casos sobre competencia. Las conclusiones indican que la capacidad técnica de análisis económico se basa en el aprendizaje y la actualización permanentes y puede variar con el paso del tiempo.

6. No se han hecho exámenes comparables⁵ en los países en desarrollo y las economías en transición, pero varios estudios de países⁶ revelan que los organismos reguladores de la competencia de algunos países (por ejemplo, las del Perú y de Sudáfrica) tienen fama de realizar análisis económicos certeros y que otros han adoptado medidas para fortalecer la capacidad de hacer análisis complejos mediante la creación de dependencias encargadas de realizarlos y dotadas de los recursos necesarios tanto para realizar investigaciones con personal propio como para contratar a consultores externos, como ocurre en el Brasil. Algunos países en desarrollo

fusiones no horizontales en 2007 y la publicación en diciembre de 2008 de nuevas orientaciones sobre determinados abusos de posición dominante (art. 82). Es probable que se emprenda una revisión de las normas comunitarias sobre restricciones verticales y horizontales.

⁴ KPMG 2007, Peer Review of Competition Policy. Informe preparado para el Departamento de Industria y Comercio del Reino Unido.

⁵ Se han realizado varios estudios sobre la solidez relativa de los regímenes de la competencia en todo el mundo, pero no son exhaustivos ni comparables. Además, en muchos de ellos no se evalúan específicamente la capacidad para realizar análisis económicos.

⁶ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), análisis por homólogos de las instituciones reguladoras de la competencia.

también han dado a conocer orientaciones sobre el enfoque aplicado al análisis de las prácticas anticompetitivas, (como ocurre también en el Brasil).

A. Incidencia de la utilización del análisis económico

7. La incidencia del análisis económico en los países en desarrollo es heterogénea. Las respuestas al cuestionario de la UNCTAD revelan que el grado de elaboración de los análisis económicos varía de un caso a otro y que éstos pueden ser desde muy elementales hasta complejos y cuantitativos. Se constató una utilización generalizada del análisis económico para la definición de mercados en los países participantes. De hecho, en muchos de ellos se refirieron a las tecnologías concretas que utilizaban para estimar la elasticidad de la demanda, por ejemplo. En cambio, la aplicación del análisis económico para evaluar otros aspectos de las fusiones se mencionó con menos frecuencia, aunque muchos de los encuestados indicaron que se basaban en mediciones cuantitativas para evaluar las fusiones. Algunos organismos respondieron que recurrían al análisis económico para analizar los abusos de posición dominante y las restricciones verticales. Al menos uno de ellos indicó que recurría al análisis económico para evaluar los indicios de la existencia de cárteles cuando no había pruebas directas, aunque con menos frecuencia.

8. No todos los casos de competencia exigen un análisis económico complejo. En particular, se supone que las transgresiones a la regla *per se* casi siempre tienen un efecto económico negativo⁷. Cuando se aplica el criterio razonable, el análisis económico sirve por lo general para formular y sustentar teorías sobre el perjuicio y estimar el incremento de la eficiencia. También se dan casos en que la legislación sobre la competencia estipula claramente el tipo de análisis económico que se debe efectuar para determinar si se ha cometido una infracción (México).

9. Con el paso del tiempo, los organismos reguladores de la competencia pueden adquirir los conocimientos necesarios para hacer análisis económicos más complejos. En el Brasil, por ejemplo, la diversidad de las técnicas de análisis económico y su complejidad han venido aumentando progresivamente en los últimos años. El análisis económico ha hecho un aporte fundamental al examen de algunos casos destacados (por ejemplo, la fusión Ambev y la adquisición de la fábrica brasileña de chocolate Garoto por Nestlé).

10. El discurso sobre uso del análisis económico en relación con el derecho de la competencia, desarrollado sobre todo en América del Norte y Europa, ejerce una influencia de alcance mundial. Muchos de los escasos participantes en la encuesta procedentes de fuera de esas regiones que respondieron a la pregunta sobre los modelos económicos y las técnicas econométricas utilizadas, mencionaron documentos y estudios elaborados y analizados por especialistas en América del Norte y Europa.

⁷ El pensamiento económico va evolucionando, al igual que las conductas que entran en la categoría de "*per se*".

B. Cuestiones institucionales

11. Es probable que la estructuración de las instituciones incida en el empleo de análisis económicos de la competencia. La disposición de los ejecutivos de los organismos reguladores a escuchar argumentos económicos varía en función de diferentes factores. Los ejecutivos pueden haber trabajado con economistas y en el campo de la economía. O ellos mismos pueden ser economistas. Por ejemplo, en muchos países en desarrollo, la legislación relativa a la competencia exige que los organismos pertinentes estén integrados por uno o dos economistas. Otro aspecto institucional que puede influir en la actitud de los ejecutivos con respecto a los argumentos económicos es la contratación de economistas.

12. A veces es difícil para los organismos reguladores de la competencia conseguir la información necesaria para hacer análisis económicos. Según las respuestas a la encuesta, la falta de recursos financieros, las deficiencias de las fuentes oficiales de información y la fijación de plazos limitados pueden restringir la capacidad de un organismo regulador para realizar investigaciones y análisis económicos. Por ejemplo, algunos de los organismos participantes mencionaron que, en muchos casos, las partes involucradas son las únicas fuentes de información. También es posible que la información obtenida no se pueda verificar de forma independiente, que las partes sólo faciliten información parcial o simplemente que sea difícil conseguirla. El acceso restringido a la información limita la complejidad de los análisis económicos posibles. De ahí que la importancia del análisis económico cuantitativo varíe de una decisión a otra. Cuando los datos cuantitativos son escasos, hay que utilizar otro tipo de material en el análisis económico. La disponibilidad de escasa información puede provocar mayor incertidumbre en cuanto a la conveniencia de aplicar un determinado modelo económico en un determinado caso.

13. ¿Qué factores contribuyen a la particular importancia del análisis económico en el régimen de competencia de los Estados Unidos, a la que ya se ha hecho alusión? Algunos analistas se refieren a la composición del personal (véase el recuadro 1). En total, la División Antimonopolio del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio emplean a más de 100 economistas profesionales, muchos de los cuales, e incluso la mayoría, son especialistas en los aspectos económicos de la organización industrial. Los organismos de protección del consumidor y de la competencia del Reino Unido emplean en conjunto a 77 economistas. Ello contrasta con el número considerablemente menor de economistas que integran el recién creado equipo especializado de la Comisión Europea y se dedican efectivamente a hacer análisis económicos de carácter técnico⁸. En realidad, la razón entre economistas y abogados es ahora más elevada en la Dirección General de Competencia de la Unión Europea (1:2) que en los organismos de los Estados Unidos, aunque hasta hace poco se mantenían al mismo nivel que a principios de los años noventa (1:7). Ahora bien, la composición del personal, no es una causa, sino una consecuencia. Si se profundiza el análisis, se constata que tanto la Comisión como los tribunales siguieron aplicando las leyes sobre la competencia con un criterio formalista y legalista incluso después de que se abandonara ese enfoque en los Estados Unidos⁹. Cuando las decisiones de los tribunales se basan en consideraciones económicas, las partes involucradas

⁸ Neven, 2007.

⁹ Oxera, 2009.

tienen incentivos para formular argumentos e ir perfeccionándolos progresivamente. La principal causa de la diferencia entre lo que ocurre en Estados Unidos y Europa está más allá del alcance del presente estudio.

Recuadro 1

Factores de excelencia en los Estados Unidos

Se trata de los siguientes factores:

- a) Un historial más largo, que se inicia en los años setenta, de participación de economistas en casos relacionados con la competencia y de considerable influencia de éstos en las decisiones;
- b) Un historial más largo de trabajo de economistas eminentes en los organismos federales reguladores de la competencia;
- c) Se considera que la Comisión Federal de Comercio hace retroceder los límites del pensamiento económico sobre organización industrial y economía de la competencia y no tiene miedo de poner a prueba nuevas teorías;
- d) Capacidad de recopilar los datos necesarios para realizar análisis econométricos sólidos;
- e) Funcionarios con experiencia tanto en el campo académico como en la labor de consultoría, lo cual los capacita para realizar análisis estratégicos; y
- f) Escasas diferencias de remuneración entre los sectores privado y público.

Fuente: Adaptado de KPMG, 2007.

14. El tamaño reducido de los organismos reguladores de la competencia puede limitar considerablemente la utilización de análisis económicos. Los organismos reguladores de la competencia pueden ser muy pequeños, sobre todo en el mundo en desarrollo. Según las respuestas de los organismos al cuestionario de la UNCTAD, su dotación de personal técnico fluctuaba entre 1 economista y 1 abogado hasta 60 economistas y 345 abogados (véase el cuadro 2), y los países más desarrollados se encontraban en la franja superior. La mayoría de los organismos mencionados en el cuadro 2, empleaba a más abogados que economistas. Eran pocos los organismos reguladores de la competencia que contaban con muchos economistas especializados en organización industrial.

15. Las elevadas tasas de rotación del personal y las dificultades para atraer a personal calificado pueden limitar la utilización de análisis económicos. Con la excepción de los Estados Unidos, hay diferencias relativamente grandes entre los niveles de remuneración del sector privado y el sector público, lo que dificulta la atracción y retención de profesionales calificados en los organismos reguladores. En general hay escasez de economistas especializados

(economistas que tengan estudios a nivel de doctorado y especializados en organización industrial), sobre todo en los países menos desarrollados, y la competencia con el sector privado por esos profesionales es intensa. Las tasas de rotación del personal son muy altas en los países en desarrollo y las economías en transición.

Cuadro 1
Composición del personal técnico de los organismos reguladores
de la competencia, por país

País	Economistas/ abogados (número)	Maestría (economía)	Doctorado (economía)
Albania	18/10	n.d.	n.d.
Argentina	16/31	n.d.	n.d.
Bulgaria			
Chile	16/25	11	2
Colombia	13/16	n.d.	n.d.
Estados Unidos (Comisión Federal de Comercio)	58/232	n.d.	n.d.
Estados Unidos (Departamento de Justicia)	60/345	n.d.	n.d.
Federación de Rusia	99/108	n.d.	n.d.
Finlandia	18/15	n.d.	n.d.
Hungría	28/36	n.d.	n.d.
Indonesia	27/28	n.d.	n.d.
Japón	6/18	n.d.	n.d.
Malawi	2/0	n.d.	n.d.
México ^a	41/29 ^b	Mayoría	Mayoría
Panamá	6/6	5	n.d.
Reino Unido (Organismo de defensa del consumidor)	52/35 ^c	n.d.	n.d.
Reino Unido (Organismo regulador de la Competencia) ^d	25/13 ^c	27	6
República de Corea	63/30	17	6
Serbia	3/7	n.d.	n.d.
Sri Lanka	3/8	n.d.	n.d.
Suecia	48/49	n.d.	9
Uruguay	1/1	n.d.	n.d.

^a Tres de los cinco comisionados son doctores en economía.

^b Por norma, los economistas deben tener conocimientos de organización industrial y reglamentación económica.

^c En algunos casos, los funcionarios tienen amplios conocimientos de economía o derecho o tienen formación profesional en ambos campos, de modo que el número de abogados o economistas que integran el personal es en realidad más alto de lo que las cifras oficiales pueden reflejar.

^d Además del personal técnico, 10 de los 35 miembros de la comisión son economistas, incluido el Vicepresidente. Cinco miembros tienen un doctorado en economía.

n.d.: no disponible

Fuente: Encuesta de la UNCTAD sobre análisis económico.

16. En algunos órganos reguladores de la competencia, la dotación interna se complementa con un frecuente uso de servicios de consultoría en economía. Las empresas del sector privado también contratan a consultores. Por ejemplo, en 2007, la consultoría económica en la UE (correspondiente en la mayoría de los casos al Reino Unido) representó alrededor del 15% de los honorarios de abogados y economistas en relación con casos de competencia, lo que se acerca a los niveles registrados en los Estados Unidos (Neven, 2007). La KFTC (organismo coreano encargado de la competencia) también suele contratar a expertos externos, por lo general del mundo académico, como consultores.

17. Es probable que todos los organismos reguladores de la competencia de todo el mundo consideren que sus decisiones se basan en razonamientos económicos acertados, pero evidentemente hay diferencias entre los análisis económicos, incluso si se considera una muestra tan pequeña como la integrada por los participantes en la encuesta de la UNCTAD. Esas diferencias se exponen en el capítulo siguiente.

II. METODOLOGÍAS DE ANÁLISIS ECONÓMICO

18. En este capítulo se presenta un resumen de las metodologías económicas que utilizan los organismos reguladores de la competencia, en parte sobre la base de las respuestas al cuestionario de la UNCTAD. Se examinan la definición del mercado y la evaluación de las fusiones. El cambio en la evaluación de las restricciones verticales se presenta como un ejemplo de la forma en que la evolución de la teoría económica se traduce en enmiendas de la legislación. Se presentan un breve examen de la existencia de acuerdos horizontales y algunas explicaciones sobre los problemas que enfrentan los organismos reguladores en la realización de análisis económicos. En el cuadro 2 se enumeran los métodos y técnicas de análisis económico que aplican los organismos reguladores de la competencia, sobre la base de las respuestas al cuestionario recibidas por la secretaría.

19. Las directrices dan una idea del análisis económico aplicado por los organismos. Tal vez no resulte obvio a primera vista, pero éstas suelen reflejar los modelos económicos más utilizados por un organismo regulador. En muchos casos, se hace referencia explícita a modelos económicos concretos en los procedimientos y documentos de debate preparados en el proceso de la elaboración de las directrices. Los discursos y los documentos de debate varían de acuerdo a las tendencias punteras de las corrientes de innovación que surgen en los organismos reguladores de la competencia. Como parte de sus esfuerzos por vender sus servicios, los consultores en economía hacen comentarios sobre los nuevos modelos y técnicas. En resumen, los modelos económicos que aplican los organismos reguladores no son un misterio sino que son de dominio público.

A. Definición del mercado

20. La definición del mercado es una etapa preliminar y fundamental de los análisis efectuados de conformidad con las normas de la competencia en muchas jurisdicciones de todo el mundo. En muchos casos, es una etapa clave del proceso de detección de las restricciones que afectan a los proveedores. Asimismo, permite calcular las cuotas de mercado y la concentración de éstos como parte de la evaluación, o al menos la estimación preliminar, del grado de competencia de un mercado. Por lo tanto, la definición es un componente fundamental de la evaluación, o por lo

menos el examen preliminar, de muchos casos relacionados con restricciones horizontales y verticales, abusos de posición dominante y fusiones.

21. Las respuestas a la encuesta indican que la prueba del monopolista hipotético (o prueba SSNIP¹⁰) es el método más utilizado para la definición del mercado. En cambio, la utilización de los datos empíricos para aplicar la prueba SSNIP muestra mayores variaciones.

22. El "análisis de la pérdida crítica" o la "elasticidad crítica de la demanda" es una forma muy difundida de aplicar la prueba SSNIP. La encuesta de la UNCTAD reveló que muchos organismos reguladores de la competencia lo utilizan¹¹.

23. Un caso de fusión registrado en 2004 en la Argentina ilustra el uso del análisis de la pérdida crítica. La Compañía de Alimentos Fargo fue adquirida por el Grupo Bimbo. En ese contexto, se planteaba una duda fundamental: si el pan de fabricación artesanal restringía el precio que se podía cobrar por el pan de fabricación industrial. Las dos empresas participantes en la fusión fabricaban pan con métodos industriales y de hecho entre las dos fabricaban el 79% del pan industrial del país y las dos estaban consideradas como la principal competidora de la otra. La cantidad de pan artesanal producido era mucho mayor que la de pan industrial. Las partes presentaron al organismo regulador de la competencia estimaciones econométricas de la elasticidad de la demanda de pan industrial, que llevaron a la conclusión de que un alza de precios no sería rentable para las partes. La comisión determinó que la metodología presentaba deficiencias, entre otras que no permitía tener debida cuenta de la crisis económica durante el período examinado.

24. Algunos organismos reguladores de la competencia indicaron en sus respuestas a la encuesta que hacían pruebas de correlación de precios y pruebas de estacionariedad para definir el mercado, guiándose por el criterio de que si los productos son sustitutivos entre sí, sus precios deberían estar correlacionados y la razón entre sus precios debería ser constante. En una prueba de estacionariedad se estudia la relación entre dos precios (dos productos o el mismo producto en

¹⁰ La prueba comprende un test de carácter recurrente conocido como SSNIP (del inglés *Small but Significant and Non-transitory Increase in Price*: aumento leve pero significativo y no transitorio).

¹¹ "La elasticidad crítica es el valor máximo, previo a la fusión, de la elasticidad de la demanda de un determinado conjunto de productos y en un área determinada, que permitiría al monopolista hipotético en el mercado candidato a la designación de mercado relevante incrementar los precios como mínimo en un porcentaje significativo, por ejemplo un 5%. La pérdida crítica es la reducción máxima del volumen de ventas que un monopolista hipotético estaría dispuesto a tolerar para mantener un alza dado del precio" Werden (2002). Para utilizar la versión más simple de este método, el analista debe hacer una estimación del margen costo-precio anterior a la fusión en el mercado candidato y de la elasticidad de la demanda, y debe conocer la definición acordada de "leve pero significativa". Se trata fundamentalmente de utilizar el margen precio-costos y el incremento mínimo significativo, por ejemplo el 5%, para calcular el porcentaje de las ventas que se podría perder sin que fluctuaran las ganancias del monopolista hipotético. Posteriormente, se utiliza la elasticidad de la demanda para determinar si la reducción de las ventas sería mayor o menor. Por último, se comparan las dos cifras.

diferentes lugares) para determinar si vuelven a un valor constante después de ciertos cambios bruscos. Lamentablemente, si los precios están sometidos a otras influencias comunes, como ocurre con el precio del petróleo, se observará una correlación entre ellos, independientemente de que sean sustitutivos entre sí o no. Además, si no se dispone de información sobre la elasticidad de los precios, el que las razones de precios no sean estacionarias no indica si los dos productos (o lugares) corresponden a distintos mercados (CRAI, 2001).

25. Otras fuentes de información sobre la sustituibilidad mencionadas en la encuesta de la UNCTAD son las encuestas a clientes y los estudios de mercado.

26. Varios de los organismos participantes indicaron que tenían dificultades para conseguir los datos necesarios sobre precios, costos y ventas para realizar la prueba SSNIP y otras pruebas de sustituibilidad. Entre otros problemas, se hizo referencia a la falta de fuentes fidedignas de información e investigaciones actualizadas y confiables realizadas por instituciones especializadas; la falta de profesionales con los conocimientos contables necesarios para procesar la información proporcionada por las empresas en caso de que la proporcionaran; la provisión de información incompleta por parte de las empresas; las limitadas facultades para obligar a las empresas a facilitar información; las dificultades para conseguir órdenes de registro; la falta de series de datos temporales; y la falta de recursos para realizar encuestas a clientes y estudios de mercados. También se mencionaron las dificultades que entrañaba la elaboración de cuestionarios para las encuestas a clientes que permitieron recabar información confiable. En algunos casos, cuando los datos son insuficientes, la definición de mercado se basa únicamente en información cualitativa.

B. Evaluación de fusiones

27. Las normas aplicables a la competencia en cada jurisdicción contienen disposiciones sobre las pruebas a que deben someterse las fusiones. En general, se trata de una prueba de carácter económico, pero también pueden ser pruebas del interés público. Por ejemplo, se pueden hacer pruebas para determinar la probabilidad de que la fusión de que se esté considerando pueda provocar una reducción sustancial de la competencia o la creación o el fortalecimiento de una posición dominante en el mercado. Por consiguiente, en la evaluación deben considerarse los hechos concretos relativos a la fusión y un modelo económico que permita hacer previsiones confiables, teniendo en cuenta esos hechos.

28. De acuerdo a las respuestas recibidas, muchos de los organismos de regulación de la competencia utilizan medidas de la concentración como el índice de Herfindahl-Hirshmann y la razón de concentración RC_x ¹² para evaluar fusiones. Durante gran parte de la segunda mitad del siglo XX, las previsiones de los efectos de las fusiones propuestas se basaban en la concentración en el mercado. En la economía predominaba el paradigma estructura-conducta-resultado, lo que significa que en los mercados protegidos por barreras de entrada, el grado de concentración permitía prever cuán competitivo sería. En este paradigma se basaban muchas de

¹² RC_1 es la razón de concentración de la empresa más grande, es decir, su cuota de mercado. RC_4 es la suma de las cuotas de mercado de las cuatro empresas más grandes. El índice de Herfindahl-Hirshmann es la suma de los cuadrados de la participación en el mercado de todas las empresas.

los sistemas de medición de la concentración, como las razones de concentración RC1, RC4 y el índice de Herfindahl-Hirshmann. Sin embargo, la observación empírica demostró que el paradigma estructura-conducta-resultado era erróneo: en la práctica, la concentración era sólo una de las características de los mercados y no necesariamente la más importante.

Retrospectivamente se consideró que el dictamen sobre el caso de *General Dynamics* emitido en 1974 por la Corte Suprema de los Estados Unidos¹³ había ampliado el análisis de fusiones en su jurisdicción al permitir que se analizara en profundidad si las cuotas de mercado de una empresa realmente reflejaban con exactitud su capacidad de competir¹⁴. En cambio, en muchas otras jurisdicciones, el derecho de la competencia estipula que el predominio de una empresa se debe determinar con arreglo a criterios relativos a las cuotas de mercado, lo cual desplaza la labor de evaluación hacia la definición del mercado.

29. Hoy en día la concentración en el mercado y las cuotas de mercado siguen siendo importantes para el análisis de fusiones, aunque en algunas jurisdicciones es probable que sirvan sobre todo para detectar las fusiones que deben ser objeto de investigaciones más detalladas. Los datos empíricos disponibles indican que los mercados más concentrados de una determinada industria presentan precios más altos, pero estos datos tienen menos importancia que antes en algunas jurisdicciones en las que los organismos reguladores de la competencia deben ofrecer "una explicación convincente de la forma en que la fusión de que se trata efectivamente provocará una disminución de la competencia" (Baker y Shapiro, 2007:5). Eso significa que se debe examinar toda una serie de hechos para determinar su importancia e incorporarlos a la explicación, o más bien, al modelo económico ampliado.

30. La "explicación convincente de la forma en que la fusión de que se trata efectivamente provocará una disminución de la competencia" se refiere fundamentalmente a los efectos coordinados y los efectos unilaterales, que no son mutuamente excluyentes:

- a) Se habla de "efectos coordinados", "posición dominante conjunta" o "colusión tácita" cuando hay mayores probabilidades de que, como consecuencia de la fusión, las empresas presentes en el mercado se muestren menos competitivas. Las ciencias económicas ofrecen modelos de este fenómeno, de las condiciones necesarias para que ocurra y de la forma en que una fusión puede cambiar los incentivos de tal modo que cambie la probabilidad de coordinación o su magnitud. Los datos empíricos sustentan o refutan la conveniencia de aplicar un determinado modelo a una determinada fusión.
- b) Se habla de "efectos unilaterales" si la empresa objeto de una fusión tiene incentivos para subir sus precios después de la operación. Esos efectos unilaterales se producen cuando a juicio de clientes las empresas fusionadas están en el primer y segundo puesto de su lista de proveedores preferidos. Además de demostrar la existencia de tales clientes, la simulación de fusiones es uno de los instrumentos que pueden utilizarse para estimar la magnitud de los efectos unilaterales. Ese ejercicio consiste en la integración de datos sobre la sustitución de compradores, el

¹³ *Estados Unidos c. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486 (1974).

¹⁴ Baker y Shapiro, 2007:4.

comportamiento de los rivales y los costos de las empresas en un modelo matemático, con el fin de calcular el incremento de precios que se produciría como consecuencia de la fusión. Algunos de los organismos encuestados indicaron en sus respuestas que recurrían a la simulación de fusiones, por lo menos en algunas oportunidades.

31. Los modelos económicos como los que se utilizan para evaluar los efectos coordinados y los efectos unilaterales deben ajustarse a las características de cada caso. Toda hipótesis que se formule en el marco del modelo debe sustentarse con pruebas o debe someterse a un análisis de sensibilidad¹⁵.

Recuadro 2

Historial de aplicación de las cláusulas sobre interés público en Sudáfrica

El interés público parecería ser de importancia secundaria si se lo compara con la primacía de las consideraciones relativas a la eficiencia en los casos de competencia, a pesar de que en la legislación sudafricana sobre competencia se han incorporado criterios de interés público teniendo en cuenta objetivos de desarrollo más amplios y con el fin de fomentar el empleo, la creación de pequeñas empresas y una distribución equitativa de la propiedad en favor de los sudafricanos que se encontraban anteriormente en situación de desventaja (Ley de emancipación económica de la población negra). En consecuencia, en todas las operaciones de fusión de empresas se deben tener en cuenta los criterios de interés público, pese a lo cual a la fecha son pocos los casos en que las consideraciones relativas al interés público han incidido significativamente en el resultado del análisis de una fusión.

Un examen de las operaciones de fusión de empresas de gran envergadura evaluadas por la Comisión de la Competencia y el Tribunal de la Competencia hasta 2008 revela que, por lo general, la perspectiva de que una fusión tenga efectos positivos para el interés público no es suficiente para contrapesar efectivamente la posibilidad de que tenga efectos anticompetitivos considerables. Asimismo, aunque algunas fusiones han tenido efectos negativos en relación con el interés público, la impresión general es que rara vez se ha considerado que esos efectos sean motivos suficientes para prohibir una fusión. Tampoco se sabe de casos en que las consideraciones relativas a la Ley de emancipación económica de la población negra hayan influido en forma determinante en decisiones relativas a fusiones de la comisión o el tribunal. Tampoco se ha dado un peso significativo a la capacidad de una empresa de competir en los mercados internacionales en ninguna decisión de los organismos reguladores de la competencia, a pesar de que es un argumento invocado con frecuencia por las partes.

¹⁵ En el análisis de sensibilidad se plantea la siguiente pregunta: "¿Si se da un valor diferente a la variable, cómo cambia el pronóstico del modelo?"

Es probable que el mayor beneficio de la incorporación explícita del interés público en el derecho de la competencia sea el realce dado a esos imperativos de política y la contribución a la coherencia de las políticas en diferentes ámbitos. Además permite que las empresas lo tomen en consideración; es a nivel de la empresa que las consideraciones relativas al interés público realmente pueden tener repercusiones significativas.

Fuente: Hartzenbergh, 2008.

32. Otra posibilidad es utilizar el método de forma reducida. Por ejemplo, se podría estudiar el posible efecto de la presencia de determinadas empresas en los precios u otros indicadores del funcionamiento del mercado:

- a) En el caso de la fusión entre Staples y Office Depot, la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos aplicó el método de forma reducida para analizar un conjunto de datos que comprendía un índice de los precios registrados en más de 400 tiendas Staples de más de 40 ciudades durante un período de 18 meses. Se utilizaron métodos no estadísticos, basados en testimonios y documentos, para evitar sesgos debidos a las variaciones no observables de los costos, es decir, para tener la seguridad de que no hubiera otros factores que provocaran variaciones de costos de una tienda a otra. Se constató que el índice de precios era más alto en las ciudades en las que Office Depot (o cualquier otra cadena de supermercados de útiles de oficina) no tenía sucursales. La Comisión Federal estimó el efecto que la fusión propuesta entre Staples y Office Depot tendría con respecto a los precios y recomendó que se la impidiera¹⁶.
- b) En la República de Corea se aplicó un análisis similar para evaluar una fusión entre cadenas de supermercados¹⁷. La KFTC (organismo coreano regulador de la competencia) llegó a la conclusión de que la fusión menoscabaría la competencia y ordenó que se cerraran las tiendas de las cadenas en cuestión en tres mercados importantes. La KFTC comparó los precios ofrecidos en diferentes localidades y constató que la presencia o ausencia de otros supermercados incidía en ellos, lo que no ocurría con las tiendas por departamentos. Por lo tanto, el argumento de las partes de que este tipo de tiendas formaban parte del mercado fue rechazado. En segundo lugar, la autoridad constató que los precios de la empresa adquiriente eran, en promedio, un 4,2% inferiores en los establecimientos cercanos a las tiendas de la empresa adquirida que en los demás. Por consiguiente, se determinó que la fusión propuesta probablemente menoscabaría la competencia.
- c) La Comisión Europea también utilizó regresiones en la evaluación de la fusión de Ryanair y Aer Lingus, para determinar si la presencia de una de las partes incidía en los precios de la otra. Se tomó como variable dependiente el precio medio neto del

¹⁶ Baker y Rubinfeld, 1999.

¹⁷ República de Corea, respuesta al cuestionario.

boleto en determinada ruta durante un mes. Además de la presencia de la otra parte en esa ruta en el mismo período, se tomaron en cuenta otras variables explicativas para tener en cuenta la influencia sistémica en las tarifas. Se utilizaron dos técnicas econométricas: la regresión transversal (para examinar las diferencias entre los precios correspondientes a diferentes rutas) y la regresión de efectos fijos (para estudiar las diferencias en la estructura de mercado de determinadas rutas en determinado lapso de tiempo, por ejemplo antes y después de la entrada o salida de una empresa rival)¹⁸.

Estos tres ejemplos de análisis de forma reducida demuestran que no basta con examinar las diferencias existentes entre niveles de precios, en función de si la otra parte está o no presente en un mercado local. También hay que hacer un considerable esfuerzo para comprobar que los resultados no estén tergiversados¹⁹.

33. Como se indica en una de las respuestas a la encuesta, para estimar el efecto competitivo de una empresa también debe analizarse información sobre licitaciones. Por ejemplo, la frecuencia con la que dos empresas participan en las mismas licitaciones puede ser indicativa de su grado de "cercanía" o similitud. Si se dispone de información sobre los postores finalistas, se puede determinar con qué frecuencia las dos empresas son los dos licitadores más pujantes, y por lo tanto, representan la mayor limitación competitiva para la otra. Con más información y en algunas subastas, se podría detectar el efecto de la presencia de la otra empresa en lo que respecta a los precios ofrecidos. Sin embargo, en todo análisis de información sobre licitaciones se debe tener en cuenta todas las características de la subasta, incluida información detallada sobre "quién sabe qué y cuándo", como por ejemplo el momento en que los licitadores se enteran de la identidad de sus rivales.

34. La reflexión anterior se basa en la premisa de que el criterio de evaluación de las fusiones es el bienestar de los consumidores, o probablemente el bienestar de toda la población. Sin embargo, algunas normas sobre competencia exigen la aplicación de múltiples criterios para evaluar fusiones. ¿Se podría decir que esto limita el uso del análisis económico? La experiencia apunta a que no es así. Por ejemplo, Sudáfrica (véase el recuadro 2) se guía tanto por múltiples criterios como por análisis económicos.

C. Evaluación de las restricciones verticales

35. Pocas de las respuestas a la encuesta se referían directamente al empleo del análisis económico en la evaluación de las restricciones verticales, pero ésta es una esfera en la que las ciencias económicas han provocado cambios en los últimos decenios. Esto queda de manifiesto en la evolución de los métodos utilizados por la Comisión Europea para evaluar las restricciones verticales. Hasta 1999, se evaluaban determinadas disposiciones de los acuerdos verticales entre empresas sobre la base de listas negras, blancas y grises. Las disposiciones incluidas en una lista negra quedaban prohibidas a no ser que se las sometiera a un procedimiento oneroso de

¹⁸ Comisión Europea, respuesta al cuestionario.

¹⁹ Se plantean los mismos problemas cuando se trata de estimar los efectos negativos de los cárteles, para lo que también se utiliza un análisis de forma reducida.

"exención individual"; las incluidas en una lista blanca estaban sujetas a una "exención por categorías"; y las incluidas en una lista gris podían incorporarse a acuerdos sujetos a una exención en bloque. Cuando la Comisión solicitó comentarios sobre su Libro Verde, en el marco de su proceso de reforma, observó que una de las quejas más frecuentes se refería a que se daba demasiada importancia al análisis de las cláusulas y menos de la debida a las repercusiones económicas de los acuerdos²⁰. El reglamento de 1999, que contenía cláusulas de resguardo basadas en las cuotas de mercado de las partes en los acuerdos y la duración de los acuerdos, representó un paso adelante en el uso más intensivo del análisis económico. Además, en la aplicación de la normativa se han tenido en cuenta los nuevos avances del pensamiento económico. Conforme al sistema anterior, la Comisión recibía muchas notificaciones de acuerdos verticales. Según su respuesta al cuestionario, la Comisión Europea no ha recibido muchos casos de restricciones verticales en los últimos años, lo que aparentemente no supone que los acuerdos verticales hayan disminuido.

36. Un segundo ejemplo de la influencia del pensamiento económico es la decisión reciente que cambió la norma aplicable a los casos de mantenimiento del precio de reventa en los Estados Unidos. Con su resolución de 2007 sobre el caso *Leegin Creative Leather Product, Inc. c. PSKS, Inc.*, la Corte Suprema de los Estados Unidos abandonó la práctica de considerar los acuerdos de precio mínimo de reventa *per se* y optó por aplicar un criterio razonable. Lo interesante de este caso es que tanto en el dictamen como los votos de la posición discrepante se tomaron en cuenta explícitamente factores económicos. En el primer párrafo del dictamen se presenta la sentencia, inmediatamente después de la mención de que en caso de haber habido otras restricciones verticales se había abandonado la ilegalidad *per se*: "Es más, varios analistas económicos de prestigio han llegado a la conclusión de que las restricciones verticales de precios pueden fomentar la competencia". En el dictamen se consideran en detalle varios argumentos económicos. En las opiniones discrepantes (la resolución adoptada por 5 votos a favor y 4 en contra) también se analizan factores económicos y se hace referencia a estudios económicos empíricos sobre los efectos del mantenimiento del precio mínimo de reventa. Además, se añade lo siguiente:

"La reflexión económica, como la contenida en los estudios en que se basa la Corte, puede ayudar a responder a esas preguntas y, por lo tanto, la economía puede, y debe, orientar el derecho antimonopolio. Pero éste no puede, ni debe, seguir al pie de la letra las opiniones de los economistas, que a veces son contradictorias. Esto se debe a que el derecho, a diferencia de la economía, es un sistema administrativo cuyos efectos dependen de las normas y antecedentes pertinentes sólo cuando son aplicados por los jueces y por jurados en los tribunales y por abogados que asesoran a sus clientes, por lo que en muchos casos los tribunales se dejan influir por sus propias resoluciones administrativas."

Quienes sostenían una posición discrepante se refirieron a los datos empíricos sobre la frecuencia de los efectos pro competitivos y anticompetitivos. Su argumentación se centró en gran medida en la necesidad de que el derecho fuera administrable, en particular en la diferencia entre dejar

²⁰ La Comisión aprueba el Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria, discurso de L. Peeperkorn, 20 de enero de 1997, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1997_002_en.html.

sin efecto un precedente de larga data que había servido de base a muchas decisiones económicas y la formulación de una norma absolutamente nueva.

D. Acuerdos horizontales

37. Los organismos reguladores de la competencia utilizan de diferentes maneras los conceptos económicos para demostrar la existencia de un cártel. Por lo menos uno de los participantes en la encuesta de la UNCTAD indicó que recurría al razonamiento económico para demostrar indirectamente la existencia de un cártel.

38. La forma de inferir la existencia de un cártel sobre la base de información esencialmente económica fue examinada en otro foro²¹. Las pruebas económicas pueden utilizarse para considerar ciertos elementos que deben estar presentes para que pueda demostrarse la existencia de un cártel. Uno de los elementos que lo demuestra es el comportamiento de una empresa, que puede apuntar a que se ha concertado un acuerdo. Otro de ellos es la estructura del mercado: la excesiva concentración en un mercado puede ser un indicio de una posible cartelización. Un tercer elemento son las pruebas de prácticas facilitadoras; es decir, de prácticas empresariales que facilitan la concertación y el mantenimiento de acuerdos. Hay comportamientos paralelos (la fijación de precios, las reducciones de capacidad o una pauta sospechosa de participación en las licitaciones) que son señales fundamentales, aunque se trate sólo de indicios y no de pruebas, pero lo que dificulta considerablemente el ejercicio es el hecho de que, de no existir un acuerdo, los comportamientos que respondan a intereses propios y unilaterales, no constituyen prueba suficiente en un caso circunstancial de cártel. Se necesitan además pruebas de que ha habido comunicación. Los elementos que se consideran dependen de los modelos económicos que se apliquen y no pueden comprenderse sin un modelo económico que los estructure.

39. Una práctica relacionada con lo anterior que aplican por lo menos algunos organismos reguladores de la competencia consiste en recurrir a la economía para analizar si un determinado comportamiento facilita la coordinación entre competidores, en lugar de intentar determinar a ciencia cierta si hay colusión entre las empresas. Por ejemplo, a principios de los años noventa, un organismo regulador de la competencia de los Estados Unidos resolvió un litigio con varias compañías aéreas que habían utilizado los sistemas informáticos de reserva para coordinar sus precios²².

E. La econometría

40. Varios de los organismos encuestados indicaron que rara vez utilizaban técnicas econométricas (con excepción de la regresión básica para definir el mercado), debido a la necesidad de contar con datos de buena calidad para llegar a conclusiones sólidas. Algunas de las autoridades que sí utilizan técnicas econométricas pueden establecer procedimientos para agilizar y abaratar la replicación de los estudios econométricos de las partes, específicamente

²¹ Foro Mundial de la Competencia de la OCDE, 2006, Mesa redonda sobre el enjuiciamiento de cárteles sin pruebas directas de acuerdo (DAF/COMP/GF(2006)3).

²² *Estados Unidos c. Airline Tariff Publishing Co.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH), párr. 70687 (D.D.C. 1994) (decreto de consentimiento final), citado en Kovacic y Shapiro, 2000:56.

sobre el formato preciso de presentación de los datos y el diálogo directo entre especialistas en econometría sobre metodologías, técnicas y programas informáticos determinados y elementos afines. La intención es desarrollar una confianza y una comprensión mutuas sobre las conclusiones que pueden o no sacarse de los datos²³.

41. En resumen, la utilización de un análisis económico más complejo, ya sea para evaluar fusiones o con otros fines, parece no estar muy difundida. Además de las limitaciones que presentan los datos, una de las razones que explican esta situación son la insuficiente dotación de personal y la falta de conocimientos especializados, agravadas por las limitaciones de tiempo (sobre todo en los casos de fusiones) y el hecho de que en algunas jurisdicciones es menos necesario hacer análisis económicos complejos (por ejemplo, en algunos casos, la ley no exige que el organismo regulador de la competencia tenga en cuenta la protección de la eficiencia al analizar una fusión o no hay antecedentes de que las empresas invoquen la protección de la eficiencia para justificar un acuerdo o un comportamiento anticompetitivo).

Cuadro 2

Metodologías de análisis económico

País	Definición del mercado	Fusiones/concentración	Otros	Econometría
Argentina	Prueba SSNIP, encuestas a clientes, estimaciones de la elasticidad, informes de mercado	Simulación de fusiones		
Bulgaria	Prueba SSNIP, estimaciones de la elasticidad			
Chile	Prueba SSNIP, encuestas a clientes, estimaciones de la elasticidad			Se la ha utilizado en casos de depredación
Colombia	Prueba SSNIP, método Elzinga–Hogarty	Índice de Herfindahl-Hirshmann		
Comunidad Europea	Prueba SSNIP, correlación de precios, pruebas de estacionariedad, análisis de pérdida crítica, encuestas a clientes			Se utiliza con frecuencia
Federación de Rusia	Prueba SSNIP			
Hungría	Pruebas de estacionariedad, encuestas a clientes		Pruebas de tipo Delimitis	
Indonesia	Prueba SSNIP, mínimos cuadrados ordinarios	Índice de Herfindahl-Hirshmann, razón de concentración		
Japón	Prueba SSNIP, estimaciones de elasticidad cruzada	Simulación de fusiones		Se ha utilizado (en caso de manipulación de las licitaciones)

²³ Un ejemplo, centrado en la econometría pero que no se limita a ella, es el documento "*Suggested best practice for submissions of technical economic analysis from parties to the Competition Commission*", que se publicó en el Reino Unido. Consúltase el sitio: www.competition-commission.org.uk.

País	Definición del mercado	Fusiones/concentración	Otros	Econometría
Letonia	Prueba SSNIP, análisis de pérdida crítica, estimaciones de la elasticidad, método de las cinco fuerzas de Porter	Índice de Herfindahl-Hirshmann, razón de concentración, indicadores de rentabilidad	Prueba de Areeda-Turner	
Malawi	Prueba SSNIP			No se utiliza
México	Prueba SSNIP	Índice de Herfindahl-Hirshmann, razón de concentración		
Panamá	Estimaciones de la elasticidad, encuestas a clientes, modelos <i>probit</i>	Índice de Herfindahl-Hirshmann, razón de concentración, índice de Lerner		
República de Corea	Análisis de pérdidas críticas, método Elzinga Hogarty, modelos <i>probit</i> , encuestas a clientes, estimaciones de la elasticidad, análisis del coeficiente de desvío	Simulación de fusiones, índice de Herfindahl-Hirshmann		Se utiliza con frecuencia cuando se dispone de datos
Serbia	Prueba SSNIP			
Suiza	Prueba SSNIP, correlación de precios, pruebas de estacionariedad	Índice de Herfindahl-Hirshmann, razón de concentración		Se utilizan raramente, (salvo el método de los mínimos cuadrados ordinarios en definición de mercado)
Uruguay	Información cualitativa			

III. ¿QUÉ ACEPTACIÓN TIENE EL ANÁLISIS ECONÓMICO ENTRE LOS AGENTES PRIVADOS Y LOS TRIBUNALES?

42. La actitud con respecto al empleo del análisis económico en los casos de competencia depende de consideraciones relativas a la certeza jurídica. Los que se oponen al uso de pruebas económicas suelen invocar argumentos similares a los siguientes: a) el análisis económico, a diferencia de las pruebas jurídicas, es excesivamente teórico y se basa en modelos e hipótesis que basta modificar levemente para que den resultados muy dispares; b) el desacuerdo entre los economistas, cuyos análisis son aparentemente bien fundados pero contradictorios, es relativamente frecuente, lo cual lleva a la inevitable conclusión de que las pruebas económicas no son fiables; y c) los abogados y los jueces no entienden bien las pruebas económicas o no se interesan en ellas.

43. Estos argumentos han sido rechazados enérgicamente por muchos expertos (por ejemplo Neven, 2007, Freeman, 2006, Potocki, 1996) que sostienen que, aunque los elementos de prueba económicos no son de carácter absoluto, son válidos cuando se basan en hipótesis lógicas y se los utiliza en conjunto con datos factuales exactos y pertinentes²⁴. El derecho suele ocuparse de

²⁴ Además, se pueden hacer análisis de sensibilidad en los que se estudien los efectos de un cambio de hipótesis en las conclusiones derivadas de un modelo económico, para determinar la solidez de éste.

asuntos técnicos (como ocurre por ejemplo, con el derecho médico y el derecho de patentes) y el derecho de la competencia no es ninguna excepción a esa regla. Además, los abogados y los jueces tienen la costumbre de manejar argumentos complejos. Muchos reconocen también que el derecho de la competencia es diferente de otras ramas técnicas del derecho, en el sentido de que los conceptos económicos están vinculados con el derecho de la competencia, e incluso pueden ser un componente integral de éste.

44. La integración de la economía al derecho de la competencia tiene límites. El juez Breyer señaló, en su voto contrario a la decisión de 2007 sobre el caso *Leegin* antes mencionado, que el derecho, a diferencia de la economía, es un sistema administrativo, que se pone en funcionamiento por conducto de los jueces y de los abogados que asesoran a sus clientes. De ahí que el derecho de la competencia tenga que ser administrable en el contexto del sistema actual. "El derecho antimonopolio no puede, ni debe, seguir al pie de la letra las opiniones (a veces contradictorias) de los economistas." Esta afirmación sobre los límites de la integración de la economía al derecho de la competencia es análoga al comentario formulado por dos eminentes especialistas en competencia a comienzos del presente siglo. Estos especialistas constataron que una de las dificultades que plantea el control de la observancia de las normas sobre competencia es la conversión de las técnicas de análisis que establecen una clara distinción entre las prácticas anticompetitivas y procompetitivas en reglas administrables, normas que puedan ser aplicadas por los organismos reguladores y los tribunales y que sean estables y previsibles, de modo que las empresas puedan guiarse por ellas (Kovacic y Shapiro, 2000:58).

45. En los Estados Unidos y la UE los tribunales han aceptado e incluso exigido el uso de elementos de prueba económicos y econométricos en casos sobre competencia. Por supuesto, los tribunales no siempre consideran convincentes las pruebas económicas. En Finlandia, por ejemplo, se ha observado recientemente que el recurso a teorías económicas más complejas no siempre refuerza la posición del litigante en relación con la argumentación judicial, los testimonios o las pruebas presentadas (Organización de la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2008). Se debe llegar a un punto de equilibrio. La CE sufrió una serie de reveses en casos de fusiones (por ejemplo, *Airtours*, *Tetra/Laval* y *GE/Honeywell*) ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que pidió que se hiciera gala de mayor rigor económico. Tanto en Europa como en América del Norte, los litigantes en casos de competencia y sus abogados ahora saben que se les van a presentar análisis económicos complejos. Los abogados que trabajan en esta área han aprendido a manejar análisis económicos y a relacionarse con los analistas especializados.

46. Según algunos de los participantes en la encuesta de la UNCTAD, en muchos países en desarrollo, el nivel de conocimiento en economía y de comprensión de las cuestiones económicas de los litigantes del sector privado y sus asesores jurídicos es más bajo. Por lo tanto, estos litigantes y sus asesores tienden a centrarse exclusivamente en los aspectos jurídicos formales, en lugar de prestar atención a los efectos del comportamiento económico, lo que puede impedir que los organismos reguladores de la competencia adopten un enfoque más economicista, en particular cuando esta actitud afecta también al examen de los casos de competencia ante los tribunales. Esto es significativo porque, como se indicó anteriormente, la actitud de los tribunales ha influido en forma determinante en la adopción progresiva de un enfoque más economicista en los regímenes de la Comunidad Europea y los Estados Unidos.

47. En los tribunales de los países en desarrollo, se observan variadas actitudes con respecto a la consideración de elementos de prueba económicos. En unos pocos de ellos -entre otros el Brasil, Israel, Indonesia y Sudáfrica-, los tribunales tienen en cuenta los análisis económicos en sus resoluciones, pero la influencia de la economía va en aumento, sobre todo en las jurisdicciones con un historial más largo de defensa de la competencia. Cada vez se reconoce más el aporte fundamental de la economía al derecho de la competencia y el análisis de los casos de competencia.

48. La actitud de los jueces con respecto a la aplicación de criterios económicos en los casos de competencia parecería no influir mayormente en el funcionamiento del sistema jurídico. Las respuestas al cuestionario de la UNCTAD indican que en la mayoría de las jurisdicciones se aplica el derecho de la competencia por medio de un sistema administrativo. Los tribunales sólo intervienen en la etapa de la apelación, en la que por lo general se examinan exclusivamente cuestiones jurídicas o procedimiento, pero la experiencia demuestra que el examen de los aspectos jurídicos en los casos de competencia suele exigir una reconsideración de las teorías económicas.

49. ¿Qué puede llevar a los jueces a aplicar criterios económicos con más frecuencia en los casos de competencia? Es evidente la necesidad de impartir una formación básica en economía de la competencia a los jueces, y los organismos reguladores de todo el mundo son partidarios de hacerlo. Incluso en las jurisdicciones más adelantadas en materia de defensa de la competencia siguen surgiendo problemas relacionados con el limitado conocimiento de economía que tienen los jueces. Por ejemplo, según una encuesta reciente de la Asociación Americana de Colegios de Abogados (ABA), apenas el 24% de los 42 economistas especializados en cuestiones de competencia dijo consideran que "por lo general" los jueces de los tribunales federales entendían los aspectos económicos de un caso. La ABA, al igual que otras entidades, recomienda que los jueces reciban más formación en economía de la competencia, aunque es posible que ésta dé origen a polémicas. Por ejemplo, se ha criticado a ciertos programas de estudios de los Estados Unidos de tratar de influir en la adopción de decisiones por parte de los jueces y de darles a conocer una sola escuela de pensamiento económico. Recientemente y a raíz de la oposición suscitada por esos programas, se propuso adoptar nuevas leyes destinadas a prohibir los programas financiados con fondos privados para jueces federales.

50. Existen distintos métodos para familiarizar más eficazmente con el análisis económico a quienes no tienen formación en economía ni experiencia en el ámbito del derecho de la competencia. Los jueces pueden entrar en contacto con el análisis económico en las primeras etapas de un caso, a través de declaraciones escritas o mediante procedimientos en los que tienen la oportunidad de plantear las preguntas suscitadas por las declaraciones escritas de las partes. Los jueces pueden designar a expertos en economía que trabajen con ellos y se encarguen de detectar las discrepancias entre los expertos que representan a las partes. También se les podría dar la posibilidad de pedirles a los expertos litigantes que superen sus discrepancias, para delimitar mejor la investigación.

51. La composición de los tribunales o las comisiones puede incidir en la aceptación de elementos de prueba económicos. Las jurisdicciones que tienen un sistema administrativo o en las que se han creado tribunales especializados integrados por jueces con experiencia y especializados en derecho de la competencia, suelen designar a economistas para integrar las

comisiones de arbitraje, a fin de facilitar la comprensión de la teoría económica en los casos de competencia.

52. En el recuadro 3 se presentan algunas de las técnicas utilizadas por los órganos reguladores de la competencia en los tribunales para ayudar a los jueces a comprender elementos de prueba económicos complejos²⁵. Según lo observado por el organismo de protección del consumidor del Reino Unido, los abogados suelen ser más hábiles para exponer pruebas económicas a los tribunales en términos convincentes para los jueces que no son versados en economía.

Recuadro 3

Presentación de temas económicos complejos a los jueces

Los argumentos económicos se complementan con pruebas fácticas y se basan en una teoría económica aceptada.

Los modelos económicos se exponen en términos no técnicos pero con precisión y junto con una descripción de su funcionamiento, la explicación del motivo por el que el modelo elegido se adecua al caso que se considera y la forma en que lleva a determinadas conclusiones basadas en los hechos del caso en cuestión. Se exponen las hipótesis básicas y se explica por qué no se han utilizado otras hipótesis y otros parámetros, en función del conocimiento, la experiencia y las pruebas relacionadas con el caso.

Los argumentos económicos se presentan con una lógica similar a la del razonamiento jurídico.

Se pueden utilizar medios visuales como cuadros, tablas y diagramas para sustentar las explicaciones verbales.

Fuente: OCDE, 2008.

53. No todos los testimonios económicos tienen la misma validez. Las diferentes jurisdicciones tienen normas propias que estipulan si los testimonios de expertos son admisibles como pruebas ante un tribunal y cuáles lo son. Por ejemplo, en los Estados Unidos, en algunas resoluciones judiciales y en las Normas Federales se ha establecido que "el testimonio de un economista experto en casos [de competencia] es inadmisibile, a no ser que: a) el testigo sea experto en la rama de la economía pertinente al caso; b) el testimonio esté bien sustentado en esos aspectos de la economía y c) el testimonio aplique las herramientas de la economía a las circunstancias del caso". Además, en un comentario sobre las normas se sostiene que "el testigo que desee basarse en métodos o modelos económicos debe describirlos con suficientes detalles

²⁵ Uno de los votos disidentes en el dictamen sobre el caso *Leegin* antes mencionado ofrece un indicio de cómo se pueden presentar pruebas económicas a los jueces: "no creo que debamos dar demasiado crédito a argumentos que las partes no explican con la claridad suficiente para que un juez generalista pueda entenderlos".

para que quede claro cuáles son los métodos y los modelos concretos que se propone utilizar. El testigo debe explicar además por qué esos métodos o modelos son pertinentes y en qué sentido sustentan la conclusión a la que se ha llegado"²⁶.

IV. CUESTIONES QUE MERECE UN ANÁLISIS MÁS DETENIDO

54. Un país que actualmente no recurra en mayor medida al análisis económico en los casos de competencia y desee empezar a usarlo en forma más generalizada debería asumir el alto costo de la formación de sus funcionarios, especialistas en derecho de la competencia y jueces. Parte de esa formación no se circunscribe a ningún sector en particular y se puede aplicar fácilmente en otras esferas de la política microeconómica, como la regulación económica de la infraestructura, pero los organismos reguladores igualmente se plantean los interrogantes habituales sobre la movilidad del personal posterior a la formación. Teniendo en cuenta estos costos y las externalidades positivas y negativas, ¿cuál sería la aplicación óptima que podría dar al análisis económico un organismo regulador de la competencia pequeño de un país en desarrollo?

55. ¿Hay esferas o asuntos o tipos de casos prioritarios en los que se deberían (o no se deberían) concentrar los pocos recursos disponibles para hacer análisis económicos?

56. Según la experiencia adquirida, ¿qué medios han resultado eficaces para reforzar la capacidad de un organismo regulador de la competencia pequeño o nuevo para iniciar análisis económicos? ¿Se requieren recursos o conocimientos específicos?

57. Cuando las autoridades de la competencia de diferentes jurisdicciones cooperan en un caso determinado, ¿se observa convergencia entre los distintos análisis económicos efectuados (elección de los modelos, calibración de los modelos)? ¿Por qué?

58. ¿Las leyes de la competencia con múltiples objetivos son más restrictivas o conducentes a un menor uso del análisis económico?

²⁶ Werden, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- Baker J. B. y Shapiro C. (2007), Reinventing Horizontal Merger Enforcement, octubre de 2007, Documento preparado para la conferencia Kirkpatrick sobre la influencia económica de los conservadores en la política antimonopolio de los Estados Unidos, Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, abril de 2007, <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/mergerpolicy.pdf>.
- Baker J. B. y Rubinfeld D. L. (1999), Empirical methods in antitrust litigation: Review and critique, colección Boalt de documentos de trabajo de derecho público, Universidad de California, Berkeley, documento 43.
- CRAI (2001), Competition Memo, junio de 2001, Market Definition: How Stationarity Tests Can Improve Accuracy, <http://www.crai.com/ecp/assets/Stationarity.pdf>.
- Freeman P. (2006), Competition law and economics: a partnership of equals or a struggle for supremacy? Charla de Peter Freeman en el ESRC Centre for Competition Policy, Universidad de East Anglia, 22 de marzo de 2006.
- Oxera (2009), The new guidance on Article 82 - does it do what it says on the tin? Oxera Agenda, enero, www.oxera.com.
- Hartzenbergh T. (2008), Competition policy in South Africa: towards development? Documento presentado en la conferencia DPRU 2008, Facultad de Economía, Universidad de la Ciudad del Cabo, 27 a 29 de octubre.
- Kovacic W. E. y Shapiro C. (2000), Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14:43-60.
- KPMG (2007), Peer Review of Competition Policy. Informe preparado para el Departamento de Industria y Comercio del Reino Unido.
- Neven D. (2007), Competition economics in Europe, Introduction. The 2007 Handbook of Competition Economics, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/intro_competition_economics.pdf.
- OCDE (2008), Presenting Complex Economic Theories to Judges, DAF/COMP(2008)31.
- Potocki A. (1996), The role of economics and economists in competition cases. Judicial Enforcement of Competition Law, OCDE, OECDE/GD(97)200.
- Werden G. J. (2002), The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm.

Werden G. J. (2007), The admissibility of expert economic testimony in antitrust cases, preparado para la sección sobre derecho de la competencia de la Asociación Americana de Colegios de Abogados, Asuntos de derecho y política de la competencia, cap. 35:9.

White L. J. (2007), Economics, economists and antitrust: a tale of growing influence. Documento presentado en la sesión de la Asociación Americana de Economía titulada "Better Living Through Economics (V)", Nueva Orleans, 5 de enero de 2008.
