

LAS BARRERAS DE ENTRADA Y SU RELEVANCIA PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

RESUMEN

Pese a su importancia, los economistas siguen debatiendo sobre el concepto de barreras de entrada. La primera parte de este artículo expone las principales posiciones y concluye que en el Derecho de la competencia es conveniente un concepto amplio de barreras de entrada. Igualmente analiza los diferentes tipos de barreras, distinguiendo entre barreras estructurales y barreras de comportamiento. La segunda parte examina la importancia de las barreras de entrada para el Derecho de la competencia en relación con la liberalización de mercados, el abuso de posición dominante y la concentración de empresas.

Palabras clave: Barreras de entrada, Derecho de la competencia, poder de mercado, liberalización, abuso de posición dominante, concentración de empresas.

ABSTRACT

In spite of its importance, the concept of barrier to entry remains a debated subject among economists. The first part of this article exposes the principal positions and concludes that in Competition Law it is convenient a wide concept of barriers to entry. It also analyzes the different types of barriers, distinguishing between structural barriers and behavioural barriers. The second part focuses on the importance of barriers to entry in the field of Competition Law, mainly in relation with the liberalisation of markets, the abuse of dominance and the control of mergers.

Keywords: Barriers to entry, Competition Law, market power, liberalisation, abuse of dominant position, mergers.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Las barreras de entrada desde la economía
 1. Caracterización
 2. Clases
 - 2.1. Barreras estructurales
 - A. Costes hundidos o irrecuperables (sunk cost)
 - B. Condiciones estructurales del mercado
 - a) Ventajas en costes absolutos
 - b) Economías de escala y de gama

- c) *La reputación de las empresas establecidas (diferenciación de productos)*
- C. *Barreras legales y administrativas*
- 2.2. *Barreras de comportamiento*
 - A. *Estrategias basadas en precios*
 - B. *Exceso de capacidad*
 - C. *Proliferación de productos y marcas*
 - D. *Contratos*
- 3. *Análisis y evaluación*
- III. *La valoración jurídico-concurrencial de las barreras de entrada*
 - 1. *Introducción*
 - 2. *En la política de liberalización*
 - 3. *En el abuso de posición dominante*
 - 3.1. *Planteamiento*
 - 3.2. *Para la determinación de la posición de dominio*
 - 3.3. *Como indicativo de una explotación abusiva*
 - 4. *En las operaciones de concentración de empresas*
- IV. *Conclusión*

I. INTRODUCCIÓN

El *Derecho de la competencia* responde, como es bien sabido, a una lógica fundamentalmente económica, pues los problemas que trata de resolver son esencialmente de esta índole, por más que eventualmente puedan tener consecuencias en otros ámbitos (como, por ejemplo, la concentración de poder)⁽¹⁾. Esta lógica obliga, no sólo a interpretar sus normas en clave económica, sino también a aplicarlas a la realidad mediante una valoración empírica de los efectos económicos de los diferentes supuestos de hecho que se les someten⁽²⁾. De ahí que el *análisis económico* no sea aquí una simple herramienta metodológica, como puede suceder en otras ramas del ordenamiento⁽³⁾, sino la base desde la que hay que partir necesariamente para comprender y aplicar sus prescripciones.

Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de la aplicación del Derecho de la competencia, suelen compartir en todas las jurisdicciones, como no podría ser de otra manera, estos planteamientos. En sus decisiones y sentencias afloran frecuentemente argumentos y valoraciones de carácter económico, aunque a decir verdad, éstos no siempre se acreditan debidamente desde un punto de vista empírico⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Sobre los objetivos de este Derecho *in extenso*, me remito a las luminosas consideraciones que principian la obra de HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, La Ley, Madrid 2006, esp. págs. 75 y ss.

⁽²⁾ Es el test o balance de efectos *pro* y *anticompetitivos*, que, evocados explícitamente en alguna de las normas [*ad ex* arts. 1.3 de la LDC y 101.3 del Tratado de funcionamiento de la UE (antiguo art. 81.3 del TCE)], hoy se viene considerando la base del razonamiento en todas las conductas que se contemplan.

⁽³⁾ Como habrá advertido el lector avisado, nos referimos naturalmente al *análisis económico del Derecho* como método jurídico, cuestión por cierto debatida, con partidarios y detractores de esta metodología.

⁽⁴⁾ Por poner ejemplos concretos, sirvan los reproches del TPI a las valoraciones realizadas por la Comisión Europea en ciertos casos de concentración de empresas, y que le llevaron a anular sus previas decisiones prohibitivas por las deficiencias en la ponderación de los hechos y su análisis económico: sentencias del TPI de 6/6/2002, asunto T-342/1999 *Airtours*; de 22/10/2002, asunto T-310/01 *Schneider Electric*, y de 25/10/2002, asunto T-5/02 *Tetra Laval* (véase HERRERO SUÁREZ, C., *Los contratos...* cit., págs. 345 y ss.).

Dentro de la valoración económica —principalmente en relación con el *abuso de posición dominante*⁽⁵⁾ y la *concentración de empresas*⁽⁶⁾—, cada vez tiene más importancia la consideración de las llamadas *barreras de entrada* al mercado (*barriers to entry*), que es uno de los conceptos fundamentales que maneja la moderna Economía Industrial⁽⁷⁾. Si consideramos provisionalmente a las *barreras de entrada*, prescindiendo del problematismo de su conceptualización, como obstáculos al ingreso de nuevas empresas al *mercado relevante*⁽⁸⁾, y/o la expansión de las que ya actúan en el mismo⁽⁹⁾, su importancia aquí radica grosso modo —luego se matizará— en que sirven para evidenciar el grado de *poder de mercado* que tienen las empresas establecidas en el mismo⁽¹⁰⁾.

El *poder de mercado* es la capacidad de una empresa de obtener precios por encima de su nivel competitivo, durante un período significativo de tiempo⁽¹¹⁾. Es un parámetro que está en la base de toda la normativa de la competencia que, por decirlo de alguna manera, intenta evitar, según los casos, usos indebidos del mismo o que se establezcan o refuercen, asimismo de manera indebida, situaciones de poder de mercado⁽¹²⁾, que impiden o cuando menos dificultan la existencia de competencia efectiva. Puede señalarse, aun a riesgo de simplificar, que cuanto mayores o más altas sean las barreras, mayor será el poder de mercado de las empresas presentes, pues en un mercado sin barreras, cualquier posición de poder sería transitoria en cuanto el ingreso de nuevas empresas y/o la expansión de las ya presentes, facilitado por esa existencia de «puertas abiertas», determinaría a la larga su desaparición inexorable una vez alcanzado el punto de equilibrio⁽¹³⁾.

⁽⁵⁾ Prohibido *ex arts.* 2 de la LDC y 102 del Tratado de funcionamiento de la UE (antiguo art. 82 del TCE).

⁽⁶⁾ Sometida a una disciplina de control por los arts. 7 y ss. de la LDC y el Reglamento CE 139/2004.

⁽⁷⁾ Basta para ello con examinar cualquier manual de esta rama. Por ejemplo, CLARKE, R., *Economía Industrial*, trad. española, Celeste Ediciones, Madrid 1993, que dedica al tema el capítulo 4.º, págs. 105 y ss.

⁽⁸⁾ PETITBÓ JUAN, A., «Barreras de entrada y competencia», en *Anuario de la Competencia*, 2003, pág. 188, señala que «*las barreras de entrada, son en principio, obstáculos que dificultan la entrada de nuevos operadores en la industria o en los mercados de bienes y servicios*». *Prima facie*, entrarían aquí no sólo los obstáculos que impiden derechamente la entrada, sino también los que la retardan, como matiza oportunamente el documento de la OCDE, *Barriers to Entry*, 6/3/2006, DAF/COMP (2005) 42, pág. 56.

⁽⁹⁾ Matiz este importante que es destacado oportunamente por el documento de la CE, EUROPEAN COMMISSION, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruselas, diciembre 2005, págs. 34.

⁽¹⁰⁾ Como se señala en el documento de la OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 55, «*es innegable que (...) las barreras de entrada juegan un papel importante en un gran número de casos relativos a la competencia porque son esenciales para analizar el poder de mercado. Las barreras de entrada —continúa este documento— pueden retardar, disminuir o entorpecer completamente el mecanismo habitual que controla el poder de mercado, a saber la atracción y el ingreso de nuevos competidores*».

⁽¹¹⁾ Éste es el concepto económico que se maneja de ordinario en relación con el Derecho norteamericano: véase ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook* (2005), págs. 5 y ss. En relación con el Derecho comunitario europeo, comprende también la capacidad de obtener otras condiciones de transacción distintas de los precios de carácter supracompetitivo: véase FERNÁNDEZ, C., «Cuota de mercado y poder de mercado», en MARTÍNEZ LAGE, S./PETITBÓ JUAN, A. (Dir.), *El abuso de la posición de dominio*, Fundación Rafael del Pino/Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006, págs. 63-64.

⁽¹²⁾ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., pág. vii: «*en su corazón, la política antitrust está dirigida a prevenir que las firmas obtengan, retengan o abusen del poder de mercado*».

⁽¹³⁾ Esta situación coincidiría con la de *mercado contestable* a la que se hará referencia más adelante. Con todo, y conectando con el problema de la caracterización de las barreras, que se examinará seguidamente, en una concepción amplia de las mismas, es improbable e hipotética la existencia de un mercado sin ninguna barrera, como lo es la de un marco de *competencia perfecta*.

Tanto los autores que estudian temas de competencia como las decisiones o sentencias de las autoridades administrativas o judiciales de la materia, suelen invocar en sus planteamientos las *barreras de entrada*⁽¹⁴⁾. Sin embargo, y enlazando con lo que acabo de decir, la invocación normalmente no va acompañada de análisis rigurosos de las barreras y de su altura, lo que supone una falta de medida empírica de sus efectos reales sobre el supuesto de hecho contemplado⁽¹⁵⁾, siendo en no pocos casos argumentos más bien hipotéticos para reforzar una previa conclusión⁽¹⁶⁾. Sin embargo, por lo que también he dicho, las *barreras de entrada* son un aspecto fundamental en el análisis concurrencial, en relación con determinadas conductas, como oportunamente destacan algunos documentos relativamente recientes, tanto de carácter europeo⁽¹⁷⁾, como internacional⁽¹⁸⁾, y su constatación y la medida de su altura efectiva, a través de métodos empíricos, deberían ocupar un lugar central en el enjuiciamiento de las mismas.

En este contexto, el presente trabajo pretende ser una mera aproximación a la relevancia de las barreras de entrada para el Derecho de la competencia. Para ello, en una primera parte, se va a resumir cómo se plantea el tema desde la ciencia económica, para, en una segunda parte, ver qué relevancia ha tenido y, a mayores, debería tener su análisis riguroso en el Derecho de la competencia.

II. LAS BARRERAS DE ENTRADA DESDE LA ECONOMÍA

1. Caracterización

Decíamos en la introducción que el concepto de *barreras de entrada* era problemático. BORK, después de resaltar que este concepto «*es crucial en el debate antitrust*», y recordar la relevancia que se le ha dado en la praxis estadounidense, tanto en la actuación de autoridades administrativas como en célebres fallos judiciales, por lo que «*la ubicuidad y potencialidad del concepto es innegable*», afirma a renglón seguido que «*sin embargo es demostrable que las barreras que esta clase de comentaristas y juristas creen que han visto no existen. Son fantasmas —concluye— que habitan en la teoría antitrust*»⁽¹⁹⁾. Aunque no comparto el tono deliberadamente provocador utilizado por BORK, y menos, por lo que antes señalaba, su razonamiento de fondo, hay que reconocer que este discurso tiene un cierto apoyo en el intenso debate de los economistas, que distan de ponerse de acuerdo sobre qué debe considerarse exactamente como

⁽¹⁴⁾ Por citar una obra conocida y prestigiosa, véase WHISH, R., *Competition Law*, 6.^a ed., Oxford University Press, Hampshire 2009, págs. 179 a 181, con cita de los principales casos europeos donde se ha dado relevancia a la existencia de diversos tipos de barreras.

⁽¹⁵⁾ Hace una observación semejante PETITBÒ JUAN, A., «Barreras de entrada y competencia», cit., pág. 192.

⁽¹⁶⁾ Un ejemplo de lo que estamos diciendo lo podemos encontrar en la valoración de la *posición de dominio*, donde tanto en Europa como en España el parámetro fundamental que se ha venido teniendo en cuenta es el de la *cuota de mercado*, siendo el examen de las barreras un argumento claramente secundario. Véase FERNÁNDEZ, C., «Cuota de mercado...», cit., págs. 61 y ss., esp. 70 y ss.

⁽¹⁷⁾ El ya citado documento de la CE, EUROPEAN COMMISSION, *DG Competition discussion paper...*, cit., págs. 12 y ss.: «*Si las barreras a la expansión a las que se enfrentan los rivales y a la entrada a las que se enfrentan los potenciales rivales son bajas, el hecho de que una empresa tenga una alta cuota de mercado, puede no ser indicativo de dominancia*» (núm. 34, pág. 12).

⁽¹⁸⁾ Nos estamos refiriendo al ya citado documento de la OCDE, *Barriers to Entry*, 6/3/2006, DAF/COMP (2005).

⁽¹⁹⁾ BORK, R. H., *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, The Free Press, New York 1993, pág. 310.

barreras de entrada, de manera que hoy en día este concepto sigue apareciendo todavía como demasiado ambiguo⁽²⁰⁾.

Los primeros planteamientos sobre las *barreras de entrada* se remontan a los años treinta del pasado siglo. Al parecer, el primer trabajo académico donde se invoca este concepto es el de WALLACE de 1936, en el que al explicar los principios claves de política pública que resultan de la literatura sobre competencia monopolística, se afirmaba que «*deben eliminarse medidas competitivas que no hayan sido verdaderamente eficaces; y, al menos por extensión, debe removerse cualquier otra barrera a la libre entrada excepto aquellas que sean inherentes a las diferencias en las cualidades personales o la capacidad para obtener capital*»⁽²¹⁾.

En 1956 BAIN publica una obra que va tener gran repercusión, donde se realiza el primer estudio profundo de la cuestión⁽²²⁾. Definirá las *barreras de entrada* como «*las ventajas de los vendedores establecidos en una industria sobre los potenciales vendedores entrantes, estas ventajas se reflejan en el grado en que dichos vendedores pueden elevar persistentemente sus precios por encima del nivel competitivo sin atraer la entrada de nuevas firmas en la industria*»⁽²³⁾. La definición de barreras de BAIN es bastante amplia y engloba fenómenos tales como las ventajas absolutas en costes, las ventajas en diferenciación de productos y las derivadas de las economías de escala⁽²⁴⁾.

La concepción de BAIN se ha criticado, por una parte, por su ya indicada amplitud, que consiente su aplicación también a aquellas situaciones en que se pueden mantener precios superiores por el solo hecho de tener mejores productos; esto es, por ser más eficaces, que es un caso donde no parece apropiado mantener ningún reproche anticompetitivo⁽²⁵⁾. Por otra, paradójicamente, por estrecha, al no ver barrera alguna en casos en los que no se obtienen beneficios supracompetitivos, aunque sea imposible el ingreso de nuevas empresas; como, por ejemplo, cuando exista un monopolio sólidamente protegido donde la demanda sea insuficiente para cubrir sus costes⁽²⁶⁾.

Años después, STIGLER⁽²⁷⁾ cambiará la óptica, poniendo el acento, no, como BAIN, en los efectos de las barreras, sino en los costes que deben soportar los nuevos entrantes, y que no tie-

⁽²⁰⁾ En ello coinciden los trabajos recapitulativos que examinan las principales aportaciones, como los de CLARKE, R., *Economía Industrial*, cit., págs. 105 y ss., y el documento OCDE, *Barriers to Entry*, cit., págs. 59 y ss., a los que se puede seguir para un mayor detalle de la síntesis que se hará a continuación.

⁽²¹⁾ Cit. por MCAFEE, R. P./MIALON, H. M./WILLIAMS, M. A., «What is a Barrier to Entry?», 6/6/2003, pág. 1 (<http://www.mcafee.com/Papers/PDF/Barriers2Entry.pdf>).

⁽²²⁾ BAIN, J. S., *Barriers to New Competition*, 4.ª reimpresión, Harvard University Press, Cambridge 1967 (la 1.ª ed. es de 1956).

⁽²³⁾ BAIN, J. S., *Barriers...* cit., pág. 3. El «nivel competitivo de los precios», es definido «como el promedio mínimo del coste de producción, distribución y venta que puede obtenerse para las mercancías en cuestión, incluida una recuperación razonable de su inversión» (pág. 6).

⁽²⁴⁾ Así se infiere de su posición de que un mercado tiene una «entrada fácil» (*easy entry*), cuando se dan las siguientes condiciones: «(1) *las firmas establecidas no tienen ventajas absolutas en costes* sobre las potenciales firmas entrantes; (2) *las firmas establecidas no tienen ventajas derivadas de la diferenciación de productos* sobre las potenciales firmas entrantes; y (3) *las economías de larga escala de las firmas son despreciables*, en el sentido de que la producción de la firma en la escala (costes más bajos) óptima es una fracción insignificante de la producción total de la industria»: BAIN, J. S., *Barriers...* cit., pág. 12. Estos aspectos, se analizan luego con más detalle en los diferentes capítulos de su obra, incluyendo datos empíricos de diferentes mercados.

⁽²⁵⁾ Opinión bastante generalizada que recoge, entre otros, BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., págs. 310-311.

⁽²⁶⁾ OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 59.

⁽²⁷⁾ STIGLER, G. J., *The Organization of Industry*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1983.

nen las empresas ya presentes en el mercado. «Una barrera de entrada —dirá STIGLER— puede definirse como un coste de producción (en algunos o en todos los estadios de producción) que tiene que soportar una firma que intente entrar en una industria, pero que no es soportado por las firmas establecidas en la industria»⁽²⁸⁾. Asimismo, definirá las economías de escala como «la relación entre el tamaño de la firma (o planta) y sus costes de producción en sentido amplio»⁽²⁹⁾. Para STIGLER, las economías de escala, al igual que las condiciones de la demanda, gobiernan el tamaño de las firmas, pero no son una barrera⁽³⁰⁾. Tampoco los requerimientos de capital⁽³¹⁾. En cuanto a la diferenciación de productos, será una barrera sólo si los costes de la diferenciación (diseño, publicidad, etc.), son más altos para las nuevas firmas que para las ya implantadas. En otro caso, la diferenciación sería una posible fuente de economía de escala⁽³²⁾.

La tesis de STIGLER ha sido criticada por demasiado estrecha. DEMSETZ recurre al conocido ejemplo de las *licencias de taxi* que se adquieren a la Administración a precios de mercado, para poner de relieve que la circunstancia de que, tanto los taxistas ya presentes, como los nuevos, tengan que incurrir en el mismo coste de entrada para adquirirlas, no impiden su consideración como barreras cuando el número de licencias fuera inferior al de los taxis que existirían en su ausencia⁽³³⁾.

Precisamente DEMSETZ identificará las *barreras de entrada* con las medidas gubernamentales (como las licencias de taxi ya indicadas) que incrementan los costes de producción y, consecuentemente, limitan la entrada en el mercado de forma artificial⁽³⁴⁾. Esta línea reduccionista ha sido también criticada, e incluso calificada de fundamentalista por suponer que sólo los gobiernos tienen el poder de evitar la libre competencia, e «ignorar la posibilidad de que el poder de mercado pueda existir en ausencia de restricciones gubernamentales»⁽³⁵⁾. Aun compartiendo esta crítica, la tesis de DEMSETZ tiene el valor de destacar las perturbaciones competitivas que con frecuencia resultan del intervencionismo gubernamental, que es algo que, desde los objetivos del Derecho de la competencia, como luego se expondrá, no debe perderse de vista.

Entre los planteamientos más recientes están los de MCAFEE, MIALON y WILLIAMS⁽³⁶⁾, que han tratado de superar los anteriores debates distinguiendo entre barrera «económica» y barrera «antitrust». La primera debe ser comprendida como «un coste en el que deben incurrir los nuevos entrantes y en el que no han tenido que incurrir los incumbentes». La segunda como «un coste que retarda la entrada y reduce por ello el bienestar social en relación con una entrada inmediata pero igualmente onerosa»⁽³⁷⁾. Aunque la primera definición parece moverse en línea con los planteamientos de STIGLER, la segunda introduce un interesante matiz, que ya se ha adelantado en la introducción y destaca oportunamente la OCDE⁽³⁸⁾, al encuadrar dentro

(28) STIGLER, G. J., *The Organization...*, cit., pág. 67.

(29) STIGLER, G. J., *The Organization...*, cit., pág. 67.

(30) STIGLER, G. J., *The Organization...*, cit., pág. 69.

(31) STIGLER, G. J., *The Organization...*, cit., pág. 70.

(32) STIGLER, G. J., *The Organization...*, cit., pág. 70.

(33) DEMSETZ, H., «Barriers to Entry», en *American Economic Review*, vol. 72, núm. 1, marzo 1982, pág. 48.

(34) DEMSETZ, H., «Barriers to Entry», cit., págs. 47 y ss.

(35) CLARKE, R., *Economía Industrial*, cit., pág. 106.

(36) MCAFEE, R. P./MIALON, H. M./WILLIAMS, M. A., «What is a Barrier to Entry?», cit. Para otras posiciones, véase las reseñas en el citado documento de la OCDE, *Barriers to Entry*, y en este mismo trabajo.

(37) MCAFEE, R. P./MIALON, H. M./WILLIAMS, M. A., «What is a Barrier to Entry?», págs. 11-12.

(38) OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 64.

de las barreras no sólo los impedimentos a la entrada, sino también los obstáculos que retardan el ingreso de nuevas empresas⁽³⁹⁾.

Llegados a este punto, y reconociendo que el debate sobre la caracterización de las *barreras de entrada* dista de estar cerrado entre los economistas, parece conveniente mantener un *concepto amplio* de barreras en la dirección apuntada por MCAFEE, MIALON y WILLIAMS, al perfilar el concepto de *barrera antitrust*, en cuanto ello contribuye a un mejor entendimiento del poder de mercado de las empresas ya establecidas, que es de lo que aquí principalmente se trata, según se indicó en la introducción. Particularmente deberían comprenderse aquí no sólo los obstáculos que impidan la entrada en el mercado, sino también los que, como estos autores resaltan, meramente la retarden o dificulten. En este sentido, algunos supuestos que en la concepción de STIGLER o de DEMSETZ no son auténticas barreras, como, por ejemplo, las *economías de escala*, deben ser consideradas como tales desde el Derecho de la competencia, ya que, aunque teóricamente sea factible que cualquier nuevo entrante pueda alcanzarlas, es evidente que ello, además de costes, implicará un tiempo que retardará la capacidad de los entrantes para contrapesar el poder de mercado de los ya establecidos, que sólo lograrán conseguida una dimensión óptima desde ese punto de vista. Ésta es la postura que, además, suele adoptarse por autoridades administrativas y judiciales, así como por la doctrina del Derecho de la competencia⁽⁴⁰⁾.

En definitiva, a los efectos que aquí interesan, habrá que considerar como barreras no sólo los obstáculos *impedientes* del ingreso de nuevas empresas, sino también los *retardantes*, que meramente dificultan o difieren en el tiempo esta entrada o frenan su expansión en el mercado.

2. Clases

Las barreras de entrada pueden clasificarse desde distintas perspectivas, aunque lógicamente luego la lista concreta de cada categoría dependa de la concepción que se mantenga de las mismas. En mi opinión, la más relevante a los efectos de este estudio es la que distingue entre *barreras estructurales* y *barreras de comportamiento*⁽⁴¹⁾. A continuación se expone lo que significa cada una de estas dos categorías, y se señalará de manera no exhaustiva determinados supuestos concretos que entrarían en cada una de ellas, dentro de la concepción amplia de barrera que se mantiene.

⁽³⁹⁾ Hace también especial hincapié sobre este aspecto CARLTON, D. W., *Why Barriers to Entry are Barriers to Understanding*, junio de 2004 (<http://www.nber.org/papers/w10577>).

⁽⁴⁰⁾ Para el Derecho norteamericano, véase ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., pág. 123; para el europeo, WHISH, R., *Competition Law*, cit., págs. 179 y ss., y para el español, PETITBÓ JUAN, A., «Barreras de entrada y competencia», cit., págs. 197 y ss., y GUTIÉRREZ, I./PADILLA, J., «Una racionalización económica del concepto de posición de dominio», en MARTÍNEZ LAGE, S./PETITBÓ JUAN, A. (Dir.), *El abuso...*, cit., págs. 27 y ss., los tres primeros con cita de casos. Ésta es también la postura que traslucen los ya señalados documentos de la CE y la OCDE, así como la reciente Comunicación (2009/C 45/02) de la Comisión Europea relativa a las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, DOUE C 45/7 de 24/2/2009, núm. 17.

⁽⁴¹⁾ Ésta es la distinción que se sigue en ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., págs. 125 y ss. Entre nosotros, sigue un criterio diferente PETITBÓ JUAN, A., «Barreras de entrada y competencia», cit., pág. 190, al diferenciar entre barreras naturales, administrativas y estratégicas.

2.1. Barreras estructurales

Como señala el estudio de la ABA, «*las barreras estructurales (structural barriers) resultan de determinadas características exógenas del mercado*»⁽⁴²⁾. Aparecen aquí situaciones como la estructura de costes del mercado, las características de la demanda y las resultantes del marco legal y el intervencionismo administrativo. Se trata, en todo caso, de circunstancias que les vienen impuestas a las empresas (tanto a las incumbentes como a los potenciales entrantes), y sobre las que, en principio, no pueden actuar.

Su relevancia para el Derecho de la competencia, como se precisará más adelante, es fundamentalmente la de permitir evaluar la existencia de una situación de poder de mercado, en relación con la dominancia o la concentración de empresas.

Como supuestos que cabe comprender aquí, y a título meramente enunciativo, estarían los que a continuación se indican.

A. Costes hundidos o irrecuperables (*sunk cost*)

Los *costes hundidos* o *irrecuperables (sunk cost)* son los correspondientes a aquellas inversiones que tiene que realizar una empresa que pretenda ingresar en un determinado mercado, y que no podría recuperar si su entrada no es exitosa⁽⁴³⁾.

Dentro de estos costes estaría, en principio, el llamado *capital fijo (fixed capital)*, como los desembolsos necesarios para comprar o construir factorías, bienes de equipo y otras instalaciones. Pero no hay una necesaria correspondencia entre estos dos conceptos, pues, por un lado, los costes hundidos pueden ir más allá del capital fijo, como, por ejemplo, cuando se necesita invertir en investigación y desarrollo; y por otro lado, estos costes pueden no existir o minorarse considerablemente cuando sea posible recuperar las inversiones a la salida, como, por ejemplo, cuando pueda utilizarse una factoría para elaborar productos distintos⁽⁴⁴⁾.

Otros posibles ejemplos de costes hundidos podrían ser los gastos en reclutamiento y formación de personal; en promoción y publicidad, incluyendo aquí los precios promocionales, etc.; en cumplir reglamentaciones oficiales (licencias, etc.), etc⁽⁴⁵⁾.

En cualquier caso, es evidente que cuanto más altos sean estos costes irrecuperables, menos incentivos tendrán los potenciales competidores para ingresar en un mercado en el que no están presentes todavía. Obstaculizan estrategias de incursiones temporales o de entrada-salida⁽⁴⁶⁾. Agravan, además, los riesgos de entradas no exitosas. A ello debe añadirse que la existencia de estos costes, permite a las empresas ya establecidas adoptar comportamientos

⁽⁴²⁾ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., págs. 125.

⁽⁴³⁾ Véase ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., págs. 126-127; OCDE, *Barriers to Entry*, cit., págs. 66 y ss.; SCHMALENSSEE, R., *Sunk Costs and Antitrust Barriers to Entry*, enero de 2004 (<http://ssrn.com/abstract=486944>), y PINDYCK, R. S., *Sunk Cost and Risk-Based Barriers to Entry*, febrero de 2009 (<http://www.nber.org/papers/w14755>).

⁽⁴⁴⁾ Véase ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., pág. 126.

⁽⁴⁵⁾ OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 68.

⁽⁴⁶⁾ Se habla de *mercados contestables*, para hacer referencia a mercados en los que la entrada y la salida son posibles sin coste y de manera inmediata. Estos mercados funcionarían siempre de manera competitiva aunque hubiera hipotéticamente una sola firma establecida en el mismo: OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 69.

aún más desincentivadores, como fijar sus precios al nivel de sus costes medios sin contar los irrecuperables⁽⁴⁷⁾.

B. Condiciones estructurales del mercado

La estructura del mercado relevante puede suponer, asimismo, otras barreras igualmente disuasorias de nuevas entradas. Entre ellas las que se indican a continuación.

a) Ventajas en costes absolutos

Existen ventajas en costes absolutos cuando la curva de coste de una empresa ya implantada está por debajo de la de un entrante en todos los niveles de producción. Ejemplos de estas situaciones pueden ser cuando los entrantes tienen que adquirir determinados bienes de equipo que protejan el medio ambiente, sin que lo estén los ya establecidos. O cuando estos últimos tienen un acceso exclusivo a recursos o a una tecnología de producción superior⁽⁴⁸⁾.

b) Economías de escala y de gama

Las *economías de escala*, como se vio, no eran aceptadas como tales barreras por la tesis de STIGLER, aunque sí por la de BAIN. Pero prescindiendo de este debate, cuando las economías de escala están presentes, los costes medios disminuyen a medida que el número de unidades aumenta más allá de un cierto volumen de producción. En este contexto, las empresas ya implantadas tienen la posibilidad de funcionar a niveles de producción más elevados y con costes más bajos que los asociados a los niveles de producción esperables de un entrante, teniendo en cuenta las diferencias probables de demanda⁽⁴⁹⁾. A ello debe añadirse que, en mercados con altas economías de escalas, los entrantes deben hacer inversiones significativas para estar seguros de que las podrán recuperar⁽⁵⁰⁾, y que, además, es probable que debido a la cuota de mercado necesaria para poder competir, se acaben deprimiendo los precios⁽⁵¹⁾.

Por otro lado, igual que sucedía con los costes hundidos, esta situación permitiría a las empresas ya implantadas adoptar estrategias de comportamiento todavía más desincentivadoras de nuevas entradas, como la de mantener sus precios a un nivel inferior al de costes previstos para el entrante⁽⁵²⁾.

Un supuesto análogo al de las economías de escala, es el de las *economías de gama*. Aquí se reducen costes por las ganancias de eficiencia asociadas a la producción, la distribución o la venta de varios tipos de producto —una *gama*—, en lugar de uno solo⁽⁵³⁾. Si los entrantes quieren conseguir esas eficiencias, igual que sucedía con las economías de escala, deberían estar presentes en los diferentes productos de la gama.

(47) OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 68

(48) OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 69.

(49) OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 68

(50) Dicho en otras palabras, para alcanzar la dimensión óptima desde ese punto de vista.

(51) ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., pág. 128.

(52) OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 68.

(53) OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 70.

e) La reputación de las empresas establecidas (diferenciación de productos)

Otro aspecto a considerar es el del prestigio que puedan tener las empresas establecidas en relación con la calidad y fiabilidad de sus productos.

En estas situaciones, es patente que los entrantes tendrían que incurrir en elevados costes —que además en gran medida serían costes hundidos— para informar a los consumidores de las condiciones de sus nuevos y desconocidos productos y superar su fidelización a los productos ya implantados (por ejemplo, a través de la publicidad o creando una imagen de marca). A ello se añade que las empresas establecidas tienen la ventaja de ya tener construida su imagen de calidad y de marca, por lo que no necesitarán incurrir en estos costes⁽⁵⁴⁾, o al menos que éstos sean tan elevados. Por otro lado, de necesitar financiación, es razonable pensar que los ya establecidos la podrán obtener con mayor facilidad y mejores condiciones que los entrantes⁽⁵⁵⁾.

Con todo, como ya se indicó anteriormente, el carácter de esta circunstancia como barrera es discutida entre los economistas, habiendo también mostrado su escepticismo ciertos fallos judiciales⁽⁵⁶⁾, debido todo ello a que estas ventajas están claramente asociadas a la eficiencia económica.

C. Barreras legales y administrativas

Como ya vimos, DEMSETZ ponía el acento en las barreras gubernamentales (en realidad, era las únicas que reconocía). Se trata aquí de hacer relevantes las barreras que impone la legislación y/o el intervencionismo gubernamental en la vida económica.

Aunque no es éste el momento oportuno de valorar estas barreras —cosa que haremos más adelante—, ya adelantamos que estas barreras pueden estar justificadas o no, según sus objetivos y cómo se implementen. En cualquier caso, les vienen impuestas a las empresas que pretendan ingresar en un mercado, y objetivamente pueden obstaculizar su entrada.

De manera no exhaustiva, serían ejemplo de tales barreras las siguientes:

1.º Derechos de exclusiva derivados de derechos de propiedad intelectual o industrial, como, por ejemplo, patentes y marcas.

2.º La reserva de la actividad a determinadas empresas (monopolios legales)

3.º La exigencia de concesión o autorización administrativa (o licencia) para llevar a cabo la actividad o para la realización de algunos aspectos de la misma (por ejemplo, autorización de productos).

4.º La limitación de las condiciones competitivas de la actividad: imposición de precios, limitación de tarifas, límites a la producción, etc.

⁽⁵⁴⁾ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., pág. 129

⁽⁵⁵⁾ OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 72.

⁽⁵⁶⁾ Véanse en EE.UU. las sentencias de apelación *Advo. Inc. V. Philadelphia Newspapers, Inc.*, 51 F.3d 1191, 1201-02 (3d Cir. 1995) y *United States v. Syufy Enterprises*, 903 F.2d 659,669 (9th Cir. 1990), cits. por OCDE, *Barriers to Entry*, cit., págs. 72-73.

5.º La imposición de nuevas obligaciones a los entrantes que no tuvieron que soportar los incumbentes (por ejemplo, en materia de medio ambiente).

6.º La existencia de aranceles aduaneros, prohibiciones a la importación o exportación o medidas de efectos equivalentes.

7.º La concesión de ayudas públicas a ciertas empresas⁽⁵⁷⁾.

2.2. Barreras de comportamiento

Las *barreras de comportamiento (behavioral barriers)*, o barreras estratégicas como las llaman otros, son obstáculos al ingreso de nuevos competidores que derivan de conductas que con esta finalidad emprenden las empresas ya implantadas⁽⁵⁸⁾.

Esta clase de barreras se vinculan a las ventajas que resultan de ser *el primero en moverse*⁽⁵⁹⁾. Las empresas previamente establecidas en el mercado, por este mero hecho, tienen la posibilidad de configurar estrategias a corto y largo plazo, tendentes a disuadir la entrada de competidores potenciales.

Con independencia de que estos comportamientos estratégicos puedan ser reveladores de la existencia de *poder de mercado* a los efectos de establecer una *posición de dominio*, en ciertos casos pueden ser considerados además como un *abuso de posición dominante*. Desde esta perspectiva, como se verá, hay coincidencia entre algunas de estas barreras y ciertos *abusos de exclusión*⁽⁶⁰⁾.

A continuación se examinan brevemente, también a título meramente enunciativo, las barreras más significativas de esta clase.

A. Estrategias basadas en precios

Dentro de las estrategias basadas en precios, destaca la *fijación de precios límite (limit pricing)*. Para maximizar ganancias a largo plazo, las empresas establecidas reducen sus precios en un esfuerzo por detener la entrada de nuevas empresas y preservar beneficios más altos a largo plazo. Por decirlo de otra manera, los precios se mantienen artificialmente bajos para desalentar la entrada de nuevas empresas⁽⁶¹⁾. Esto no significa que se mantengan precios bajo coste, sino que pueden fijarse a una cota relativamente beneficiosa que corresponda a un nivel

⁽⁵⁷⁾ Estas ayudas, aunque no suelen citarse entre las barreras administrativas, es indudable que deben considerarse como tales, ya que, al aminorar costes de las empresas favorecidas, suponen mayores costes para las no lo son y pretenden competir con ellas. En todo caso, están en principio prohibidas por el art. 107 del Tratado de funcionamiento de la UE (antiguo art. 87 del TCE). En nuestra doctrina, véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. /CALVO CARAVACA, A. L., *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: análisis y perspectivas*, Región de Murcia, Secretaría General de Presidencia, Murcia 1992, y ARPIO SANTA CRUZ, J. L., *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, Aranzadi, Elcano 2000.

⁽⁵⁸⁾ PETITBÓ JUAN, A., «Barreras de entrada y competencia», cit., pág. 190, define estas barreras indicando que «responden a movimientos estratégicos de las empresas con el fin de asegurarse el control de los mercados y, en consecuencia, aumentar la rentabilidad de las empresas que no deben hacer frente a las mismas».

⁽⁵⁹⁾ Véase CLARKE, R., *Economía Industrial*, cit., pág. 129.

⁽⁶⁰⁾ Véase más adelante en el ap. III, 3.2.

⁽⁶¹⁾ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., pág. 131.

que deje sin satisfacción una pequeña demanda residual, demasiado débil para que la entrada de nuevas empresas sea rentable⁽⁶²⁾.

Con todo, esta posibilidad para ser practicable requiere de requisitos suplementarios. De ordinario, debe haber otras barreras como economías de escala o de gama, que obstaculicen a los entrantes operar de forma eficaz en relación con la demanda disponible⁽⁶³⁾. Por otro lado, este tipo de estrategias sólo parece factible en situaciones de monopolio o de oligopolio, en este último caso por las posibilidades de coordinación que otorga esta situación, particularmente en materia de precios⁽⁶⁴⁾.

También pueden emplearse en este campo estrategias más agresivas, como los *precios predatorios* y otras *prácticas predatorias*. También la mera amenaza de defenderse de futuros competidores mediante actuaciones de este tipo, creando previamente una reputación de agresividad competitiva⁽⁶⁵⁾. En todo caso estos comportamientos, aunque objetivamente puedan considerarse como nuevas barreras, constituyen un claro caso de ilícito concurrencial⁽⁶⁶⁾.

B. Exceso de capacidad

Otra estrategia que puede emplearse y que, además, como revelan algunos estudios empíricos se utiliza a menudo⁽⁶⁷⁾, es el incremento por las empresas establecidas de su capacidad productiva. Esta situación, sobre todo cuando los costes en que se ha incurrido para dicho aumento de capacidad son hundidos, manda a los posibles competidores potenciales el mensaje de que su entrada determinaría precios más bajos y una reducción de la demanda residual⁽⁶⁸⁾. La pérdida de beneficios que a corto plazo determinarían los costes del aumento de capacidad, quedarían compensados a largo plazo por los precios más altos que pueden alcanzarse si fracasa la entrada de nuevos competidores⁽⁶⁹⁾.

C. Proliferación de productos y marcas

Asimismo se puede utilizar como estrategia para desalentar la entrada de competidores la proliferación de productos y marcas. En síntesis, consiste en que las empresas establecidas colman el mercado con una variedad de productos o marcas de forma que no queda espacio suficiente para que los productos de nuevas empresas puedan competir de forma rentable⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶²⁾ OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 76.

⁽⁶³⁾ OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 76.

⁽⁶⁴⁾ Véase CLARKE, R., *Economía Industrial*, cit. pág. 119. En particular, sobre los problemas de Derecho de la competencia que plantea el oligopolio, véase HERRERO SUÁREZ, C., «El problema del oligopolio en el Derecho comunitario de la competencia», en *ADI*, 2002, págs. 113 y ss.

⁽⁶⁵⁾ Véase, en este sentido, ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., págs. 136 y 137, y OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 76.

⁽⁶⁶⁾ Entre nosotros aborda estos temas *in extenso* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios Predatorios y Derecho Antitrust*, Marcial Pons, Madrid 1997, y CALVO CARAVACA, A. L./ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., «Precios predatorios», en *RCD*, núm. 1, 2007, págs. 39 y ss.

⁽⁶⁷⁾ Véase, a este respecto, lo que señala CLARKE, R., *Economía Industrial*, cit., pág. 130.

⁽⁶⁸⁾ OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 77.

⁽⁶⁹⁾ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., pág. 132. En todo caso, este supuesto de barrera está discutido entre los economistas. Sobre el debate, véase CLARKE, R., *Economía Industrial*, cit., págs. 130 y ss., que se muestra escéptico al respecto.

⁽⁷⁰⁾ CLARKE, R., *Economía Industrial*, cit., pág. 134.

Esta estrategia resulta factible en mercados caracterizados por economías de escala y diferenciación de productos⁽⁷¹⁾.

D. Contratos

Cuanto mayor sea la demanda que una empresa establecida tenga el derecho exclusivo a satisfacer, menores serán las posibilidades de que nuevas empresas estén tentadas a entrar en el mercado. En este supuesto estarían no sólo los contratos de aprovisionamiento exclusivo con clientes, sino también a través de distribuidores exclusivos. En este último caso si los distribuidores son suficientemente numerosos, podría imponer una obligación de *integración vertical* a cualquier nuevo entrante⁽⁷²⁾.

Asimismo, bajo ciertas circunstancias, las estrategias de celebrar contratos a largo término, o contratos vinculados (*bundling* de marcas), podrían considerarse como barreras de entrada⁽⁷³⁾.

3. Análisis y evaluación

Las *barreras de entrada* distan de ser un mero concepto teórico. Desde las primeras aportaciones en la materia, los economistas han desarrollado modelos para constatar y medir empíricamente su altura, y se han hecho estudios de este tipo sobre las barreras existentes en determinados sectores económicos⁽⁷⁴⁾. La consideración de estos modelos y de los trabajos empíricos excede con mucho de los objetivos de este trabajo. Si los invoco ahora, enlazando con lo que decía en la introducción, es para insistir de nuevo en que, en la aplicación de este concepto en el enjuiciamiento de casos desde el Derecho de la competencia, sea de conductas prohibidas como el *abuso de posición de dominio*, o en el *control de las operaciones de concentración de empresas*, es necesario que se utilicen modelos fiables de análisis económico y se realicen los correspondientes estudios empíricos⁽⁷⁵⁾. Otra cosa es actuar por aproximación, cosa que, además, desde un punto de vista ya jurídico, choca con la distribución de la *carga de la prueba*, y la necesidad de que las autoridades administrativas o quienes demanden ante los Tribunales la ilicitud de una práctica anticompetitiva, acrediten debidamente la existencia de estas barreras, cuando resulte oportuna su invocación (por ser, por ejemplo, reveladoras de una situación de posición de dominio, presupuesto para que pueda estimarse la existencia de una explotación abusiva de la misma)⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷¹⁾ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., pág. 133.

⁽⁷²⁾ OCDE, *Barriers to Entry*, cit., págs. 79-80.

⁽⁷³⁾ Véase AGHION, Ph./BOLTON, P., «Contracts as Barrier to Entry», en *The American Economic Review*, junio de 1987, págs. 388 y ss.; ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Market Power Handbook*, cit., pág. 134 y OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 79.

⁽⁷⁴⁾ Véanse *ad ex* los modelos reseñados en los ya citados trabajos de PETITBÒ, CLARKE, AGHION y BOLTON, SCHMALENSEE, y PINDYCK.

⁽⁷⁵⁾ En esta misma línea, PETITBÒ JUAN, A., «Barreras de entrada y competencia», cit., pág. 197, señala que «mediante dichos análisis se incrementa la certidumbre de aquellos operadores económicos y autoridades de defensa de la competencia que deben tomar decisiones y se sustituye el argumento —más o menos elaborado— basado en simples conjeturas por otro apoyado en la evidencia científica y cuantificado».

⁽⁷⁶⁾ En relación con estas cuestión y en cuanto al Derecho comunitario de la competencia, debe tenerse fundamentalmente en cuenta lo dispuesto en el art. 2 del Reglamento 1/2003, que señala lo siguiente: «En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del art. 81 o del art. 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o

III. LA VALORACIÓN JURÍDICO-CONCURRENCIAL DE LAS BARRERAS DE ENTRADA

1. Introducción

Como ya se indicó en la introducción, tanto la literatura de Derecho de la competencia, como la práctica administrativa y judicial en este campo, invocan y utilizan desde hace años el concepto de *barreras de entrada* en relación con el enjuiciamiento jurídico-concurrencial de las conductas sometidas a este sector del ordenamiento, particularmente, en lo que atañe al Derecho español y comunitario europeo, en relación con el *abuso de posición dominante* y las operaciones de *concentración de empresas*⁽⁷⁷⁾. Por otro lado, la eliminación de barreras legales o administrativas injustificadas ha sido uno de los objetivos fundamentales de la liberalización económica emprendida en todo el mundo a partir de los años ochenta del pasado siglo, y de la apertura de sectores regulados a la competencia. A continuación se va a examinar la relevancia del concepto de barreras en cada uno de estos ámbitos y cómo juega o debería jugar.

2. En la política de liberalización

Como es bien sabido, determinados sectores económicos, como los relacionados con las comunicaciones (telecomunicaciones, postal), el transporte (por carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo), la energía (hidrocarburos, eléctrica) o la actividad financiera (banca, seguros, bolsa), han estado tradicionalmente sometidos una intensa *regulación económica*. La justificación de esa regulación residía en la consideración de esos sectores como de interés general y, en ciertos casos, incluso como servicio público. Por lo que ahora interesa, esta regulación constituía, en el sentido con que se analiza en este trabajo, una genuina *barrera de entrada*, que no sólo obstaculizaba gravemente la competencia, al dificultar el ingreso de nuevas empresas, sino que en ciertos casos, como la de aquellos sectores donde había *monopolios estatales* (por ejemplo, telecomunicaciones, ferrocarriles, etc.), la excluía derechamente, al imposibilitar cualquier entrada de competidores potenciales.

Desde los años ochenta del pasado siglo, se ha emprendido en todos los países desarrollados un intenso movimiento de liberalización de estos sectores regulados, en gran medida motivada por la concienciación de que la regulación tradicional, particularmente por lo que respecta a las desproporcionadas *barreras de entrada* que implicaba, era ineficiente⁽⁷⁸⁾. En el ámbito europeo, la liberalización ha sido auspiciada por la propia Comunidad Europea, que, en coherencia con el objetivo de construir un gran *mercado único* europeo, que formuló el Acta Única Europea, ha tratado, a la vez de que se hicieran efectivas todas las libertades de circu-

asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del art. 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado».

⁽⁷⁷⁾ El análisis, en cambio, tiene poca utilidad para otras conductas como los acuerdos anticompetitivos (cárteles y otros acuerdos restrictivos de la competencia). Como señala el documento de la OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 55, nota 1, «generalmente es inútil analizar las barreras de entrada cuando hay infracciones directas, como las ententes sobre los precios o otros comportamientos constitutivos de una entente».

⁽⁷⁸⁾ Al margen de condicionamientos políticos, que los hubo, influyeron aquí las ideas de la llamada *Escuela de Chicago*, contrarias al intervencionismo gubernativo, y que en parte se ha reflejado en la primera parte de este trabajo, en relación con los debates sobre el concepto de *barreras de entrada* (posición de DEMSETZ).

lación, y en particular las de establecimiento y circulación de capitales, asegurar, con carácter general y en todos los sectores económicos, un marco de competencia no falseado⁽⁷⁹⁾.

Aunque no ha habido un diseño global para la liberalización y la consecuente eliminación o reducción de las *barreras de entrada*, las técnicas que se han utilizado en Europa, con las lógicas variaciones según mercados, han consistido básicamente en lo siguiente. Ante todo se han suprimido los *monopolios estatales* existentes en diversos sectores⁽⁸⁰⁾, abriendo los mismos a la libre competencia. Paralelamente a esta apertura, se ha procedido a la armonización legislativa, para que en la nueva regulación, no sólo se respete la libre competencia, sino que se establezcan condiciones de ejercicio uniformes y equiparables en todos los Estados miembros. Cuando se han seguido manteniendo controles de acceso, debido a la necesidad de continuar supervisando la actividad de empresas que, después de todo, actúan en sectores estratégicos o de fuerte interés general, se ha solido establecer el llamado «pasaporte comunitario», de manera que una empresa autorizada a operar en un Estado Miembro, pueda hacerlo sin ulteriores controles en los demás, con lo que si no desaparecen totalmente las *barreras de acceso*, al menos se minimizan considerablemente. En los mercados que requieren de redes o infraestructuras para su desarrollo (telecomunicaciones, energía, ferrocarriles...), se han establecido derechos de acceso a las mismas de los nuevos competidores, bien sea mediante su segregación de los antiguos monopolistas, bien sea estableciendo a su cargo la obligación de facilitarles dicho acceso al considerarlas como *infraestructuras esenciales (essential facilities)*⁽⁸¹⁾.

Una pieza fundamental en el proceso de liberalización y eliminación de barreras de entrada, ha sido el establecimiento de *reguladores sectoriales nacionales*. Este proceso es de inspiración norteamericana y se desarrolló por vez primera en Europa en el proceso de liberalización y privatizaciones emprendido en Gran Bretaña en los años ochenta. Posteriormente, fue imitado por otros Estados europeos⁽⁸²⁾. En ciertos mercados, estos reguladores vienen impuestos por la propia normativa comunitaria (que les denominará *autoridades nacionales de reglamentación*). Así sucede, concretamente, con los mercados de telecomunicaciones⁽⁸³⁾, comunicaciones electrónicas⁽⁸⁴⁾, eléctrico⁽⁸⁵⁾ y del gas⁽⁸⁶⁾.

⁽⁷⁹⁾ Resalta oportunamente la conexión entre liberalización y política europea de la competencia, IMMENGA, U., «Líneas de desarrollo y características del Derecho europeo de la competencia», en *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, págs. 1106 y ss.

⁽⁸⁰⁾ Esta supresión ha sido, además, frecuentemente acompañada de la privatización de las empresas públicas antiguamente monopolísticas, aunque esto no era una exigencia explícita del proceso. Resumen el proceso privatizador emprendido por los países del ámbito de la OCDE a partir de los años noventa, GUARNIDO/JAÉN/AMATE, *La desregulación y privatización de las empresas públicas. El caso de las telecomunicaciones en España*, Universidad de Almería, Almería 2007, págs. 45 y ss.

⁽⁸¹⁾ Para una primera aproximación a esta compleja temática, me remito a lo indicado en VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones», en DE LA CUADRA-SALCEDO, T. (Dir.), *Derecho de la Regulación Económica. IV. Telecomunicaciones*, Iustel, Madrid 2009, págs. 275 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

⁽⁸²⁾ En España tenemos manifestaciones claras de este fenómeno en diversos organismos creados a partir de los años noventa, de los que derivan, entre otros, las actuales *Comisión Nacional de Energía (CNE)* y *Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT)*.

⁽⁸³⁾ Art. 5 bis.2 de la Directiva 90/387/CEE, introducido por la Directiva 97/51/CE y art. 2.b) de la Directiva 97/13/CE.

⁽⁸⁴⁾ Art. 3 de la Directiva marco 2002/21/CE.

⁽⁸⁵⁾ Art. 23 de la Directiva 2003/54/CE.

⁽⁸⁶⁾ Art. 25 de la Directiva 2003/55/CE.

Con estos *reguladores sectoriales*, se pretende separar e independizar a las autoridades públicas con competencias en la materia, tanto de los antiguos monopolios (en algunos casos titulares de redes), como de los gobiernos, para evitar conflictos de interés y su politización. Igualmente, asegurar el libre acceso a los mercados de nuevos operadores, así como posibilitar su pervivencia en los mismos, minimizando *barreras de entrada*, tanto de carácter estructural como de comportamiento. En relación con estas últimas barreras, debe tenerse en cuenta que los reguladores disponen de facultades de control *ex ante*, que les permiten habilitar *remedios asimétricos*, imponiendo restricciones u obligaciones específicas a los operadores incumbentes, como, en particular, obligaciones de cesión, creación y mantenimiento de redes⁽⁸⁷⁾, control de márgenes comerciales, prohibición de prestación de ciertos servicios, etc.⁽⁸⁸⁾.

Con todo, el intervencionismo público sigue creando *barreras de entrada*. En este sentido, se sigue trabajando en la liberalización de los mercados, tanto en el ámbito europeo como nacional. En esta misma dirección, las autoridades de la competencia, dentro de sus facultades de estudio e información a los poderes públicos, siguen recomendando la supresión de las barreras que no están justificadas, y la minimización a lo estrictamente necesario, en función de sus objetivos, de las que deben mantenerse por razones evidentes de interés público. A este respecto, por poner un ejemplo reciente, debe citarse un Informe de la CNC española sobre regulación⁽⁸⁹⁾, que recomienda que se avance hacia una regulación —*regulación de segunda generación*— que sea lo más compatible posible con la normativa de defensa de la competencia y la promoción efectiva de la competencia. Para ello se recomienda que la regulación cumpla con las siguientes condiciones: 1.º necesidad y proporcionalidad; 2.º mínima distorsión; 3.º eficacia; 4.º transparencia, y 5.º predecibilidad⁽⁹⁰⁾.

3. En el abuso de posición dominante

3.1. Planteamiento

Como ya se ha indicado anteriormente, las *barreras de entrada* son uno de los aspectos fundamentales a tener en cuenta en el enjuiciamiento anticoncurrencial del *abuso de posición dominante*. El concepto es aquí relevante en dos planos de análisis distintos aunque complementarios. En primer lugar, para la determinación de la existencia de una *posición de domi-*

⁽⁸⁷⁾ En relación con estas redes existe un problema de *externalidades* que puede afectar a la actividad de los operadores incumbentes, por su falta de incentivos para mantener y ampliar unas redes o infraestructuras, de las que van a beneficiarse sus competidores, o que simplemente tienen que sostener por exigencias regulatorias de prestación universal de servicios a los consumidores. La única manera de evitar esto, es mediante una adecuada regulación que, o bien segregue las redes o infraestructuras de los operadores incumbentes, o establezca a su cargo obligaciones concretas de inversión y mantenimiento. Véase CALVIÑO SANTAMARÍA, N., «Regulación y competencia en Telecomunicaciones: los retos derivados del nuevo marco normativo», en *Información Comercial Española*, núm. 832, Monográfico sobre *Telecomunicaciones y audiovisual: regulación, competencia y tecnología*, septiembre-octubre 2006, págs. 60 y 61.

⁽⁸⁸⁾ Este control *ex ante* ha provocado ciertos conflictos en relación con los controles paralelos de las autoridades europeas de la competencia en materia de concentración de empresas, y los controles *ex post* que estas mismas autoridades tienen en relación con la vulneración de las normas de competencia. Para una primera aproximación, véase VELASCO SAN PEDRO, L. A., «Regulación y competencia...», cit., págs. 732 y ss.

⁽⁸⁹⁾ CNC, *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, Informe I 26/7/08, de 18/6/2008. En el ámbito de la UE, véase, entre otros documentos, la Comunicación de la Comisión *legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*, de 16/3/2005, COM(2005) 97 final.

⁽⁹⁰⁾ En las págs. 19 y ss. Para otros ejemplos de actuación en este ámbito de las autoridades españolas de la competencia, véase PETITBÓ JUAN, A., «Barreras de entrada y competencia», cit., págs. 199 y ss.

nio. En segundo término, y en relación específicamente con las *barreras de comportamiento*, debemos tener en cuenta que alguna de estas barreras pueden ser constitutivas de un *abuso de exclusión*.

3.2. Para la determinación de la posición de dominio

El *abuso de posición de dominio*, como es bien sabido, es una conducta prohibida, tanto por el Derecho español de la competencia (art. 2 de la LDC) como por el comunitario europeo [art. 102 del Tratado de funcionamiento de la UE (antiguo art. 82 del TCE)]. Aunque, como se señala en la reciente *Comunicación de la Comisión Europea sobre abusos de exclusión*, tener una posición de dominio en un mercado relevante no es ilegal, «*la empresa en cuestión tiene la responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común*». De ahí que, como también se afirma en esta Comunicación «*la evaluación de si una empresa está en posición de dominio y del grado de poder de mercado que posee es un primer paso de la aplicación del art. 82*»⁽⁹¹⁾.

A estos efectos, la *posición de dominio* ha venido siendo identificada tradicionalmente por la jurisprudencia del TJCE con la posibilidad de actuación independiente en el mercado de la empresa o empresas concernidas. Este planteamiento puede considerarse consolidado a partir de la sentencia de *United Brands*⁽⁹²⁾, que consideró la dominancia como «*una posición de poder económico de la que disfruta una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al posibilitarle en medida apreciable comportamientos independientes respecto a sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores*», habiendo sido luego reiterado en posteriores pronunciamientos⁽⁹³⁾.

Como apunta la propia Comunicación de la Comisión que se acaba de citar, hay correspondencia entre esta noción (jurídica) de *posición de dominio*, y el concepto económico de *poder de mercado*, al que ya definimos en la introducción como la capacidad de una empresa de obtener precios (y otras condiciones de transacción) por encima de su nivel competitivo, durante un período significativo de tiempo⁽⁹⁴⁾.

En este contexto, dentro del complejo análisis que es preciso hacer para llegar a la conclusión de si una empresa disfruta de este poder en un mercado relevante, como también se adelantó en la introducción, una parte fundamental debería ser el examen de las *barreras de entradas*, en la medida en que su presencia y altura permiten evidenciar la existencia de dicho poder de mercado⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹¹⁾ Comunicación (2009/C 45/02) de la Comisión Europea relativa a las *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, núms. 1 y 9.

⁽⁹²⁾ Sentencia del TJCE de 14/2/1978, asunto 27/1976 *United Brands*.

⁽⁹³⁾ En el mismo sentido, entre otras, las sentencias del TJCE de 13/2/1979, asunto 85/1976 *Hoffmann-La Roche*, y de 9/12/1983, asunto 322/1981 *Michelin*. Para el Derecho español acepta planteamientos semejantes, entre otras, la resolución del TDC de 30/9/1999, asunto R362/1999 *Barcardi*.

⁽⁹⁴⁾ Como señala FERNÁNDEZ, C., «Cuota de mercado...», cit., pág. 63, la jurisprudencia comunitaria trasluce la «*idea de (que) "posición dominante" equivale —o se aproxima— a lo que en la teoría económica, se conoce como poder de mercado, esto es, la capacidad de una empresa de subir sus precios por encima del nivel competitivo sin perder un volumen de ventas tal, y tan rápido, que el incremento de precios deja de ser rentable*».

⁽⁹⁵⁾ Dicho en otras palabras, y poniéndolo en conexión con lo que se indicaba anteriormente sobre los *mercados contestables*, se trataría de examinar la *contestabilidad* del mercado relevante, en la idea de que en los mercados contestables no hay ninguna situación de poder de mercado.

La citada *Comunicación de la Comisión sobre abusos de exclusión*, aunque dándole a este análisis un peso menor que en los trabajos preparatorios⁽⁹⁶⁾, señala en este sentido lo siguiente:

«La competencia es un proceso dinámico, por lo que una evaluación de las presiones competitivas que experimenta una empresa no puede basarse únicamente en la situación del mercado existente. También es pertinente el impacto potencial de la expansión de los competidores existentes o la entrada de competidores potenciales, incluida la amenaza de tal expansión o entrada. Si la expansión o la entrada es probable, tempestiva y suficiente, la empresa puede verse disuadida de incrementar los precios. Para que la Comisión considere que la expansión o la entrada es probable, debe ser suficientemente rentable para el competidor o para el nuevo operador, teniendo en cuenta factores tales como los obstáculos a la expansión o a la entrada, las probables reacciones de la empresa presuntamente dominante y de otros competidores, y los riesgos y costes del fracaso. Para que la expansión o la entrada se considere tempestiva, debe ser suficientemente rápida para disuadir o impedir el ejercicio de un poder de mercado sustancial (...)»⁽⁹⁷⁾.

Esta misma Comunicación enumera además diversas formas para los «obstáculos a la expansión o entrada», señalando lo siguiente:

«Pueden ser obstáculos legales, tales como aranceles o contingentes, o pueden consistir en ventajas disfrutadas específicamente por la empresa dominante, tales como economías de escala y alcance, acceso privilegiado a insumos esenciales o recursos naturales, tecnologías importantes o una red de distribución y venta asentada. También pueden incluir los costes y otros impedimentos, por ejemplo resultantes de efectos de red, a los que se enfrentan los clientes al cambiar a un nuevo proveedor. La propia conducta de la empresa dominante también puede crear obstáculos a la entrada, por ejemplo si ha realizado inversiones importantes que tendrían que ser igualadas por los nuevos operadores o por los competidores, o si ha concluido con sus clientes contratos a largo plazo que producen efectos de exclusión apreciables (...)»⁽⁹⁸⁾.

En esta enumeración, se ve con claridad que se mantiene una concepción bastante amplia de barreras, en línea con la que aquí se viene manejando, comprendiendo dentro de las mismas, tanto las *barreras estructurales*, como, entre otras, las legales o las economías de escala; como las de *comportamiento*, como la realización de inversiones importantes o la celebración de contratos a largo plazo con clientes.

Esta concepción, era asimismo la que podía deducirse ya de la anterior práctica de la Comisión Europea y de los Tribunales comunitarios (TJCE y TPI), como se infiere, entre otros, de los asuntos que se señalan a continuación, con indicación de las barreras concretas consideradas en cada supuesto⁽⁹⁹⁾.

Las *barreras legales* se han invocado en diversos casos. Así, las limitaciones relativas a monopolios legales, en el caso *Télémarketing*⁽¹⁰⁰⁾. El control gubernativo de las frecuencias de radio, en el caso *Decca Navigator System*⁽¹⁰¹⁾. Los *derechos de propiedad*

⁽⁹⁶⁾ Me refiero al antes citado EUROPEAN COMMISSION, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, de diciembre 2005, que concedía bastante más relevancia al examen de las barreras de entrada.

⁽⁹⁷⁾ Núm. 16.

⁽⁹⁸⁾ Núm. 17.

⁽⁹⁹⁾ Para el examen de la práctica de las autoridades españolas de la competencia en este punto, que parecen mantener criterios semejantes, véase PETITIBO JUAN, A., «Barreras de entrada y competencia», cit., págs. 197 y ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Sentencia del TJCE de 3/10/1985, asunto 311/1984 *Télémarketing* 1985.

⁽¹⁰¹⁾ Decisión de la CE de 21/12/1988, asunto IV/30.979 y 31.394 *Decca Navigator System*.

intelectual o industrial (patentes, marcas, etc.), en los casos *Hugin*⁽¹⁰²⁾, *Tetra Pak I*⁽¹⁰³⁾ y *Microsoft*⁽¹⁰⁴⁾.

Lo mismo ha sucedido con otras *barreras estructurales*. Las economías de escala y gama, en los casos *United Brands*⁽¹⁰⁵⁾ y *BPB Industries*⁽¹⁰⁶⁾. Disponer de tecnologías importantes a las que no podían acceder los demás competidores, en los asuntos *Hilti*⁽¹⁰⁷⁾, *United Brands* y *Michelin*⁽¹⁰⁸⁾. Contar con redes de distribución consolidadas, en los asuntos *United Brands* y *Hoffmann-La Roche*⁽¹⁰⁹⁾. Disponer de mayores facilidades de financiación que los competidores, en *Continental Can*⁽¹¹⁰⁾ y asimismo en *United Brands*. En este último e importante asunto aparecen también otros obstáculos, como la publicidad y la imagen de marca o el acceso privilegiado a los suministradores.

Las *barreras de comportamiento* han sido igualmente consideradas en algunos asuntos. La realización de inversiones importantes, que tendrían que ser igualadas por los competidores, de nuevo en *United Brands*. En el caso *Microsoft*, se ha considerado relevante el aprovechamiento, a través de la vinculación, de los llamados *efectos de red* (*network effects*) que se asocian a los programas informáticos⁽¹¹¹⁾.

A todo ello debe añadirse que el concepto de *sustituibilidad de la oferta*, evocado en el célebre caso *Continental Can*, no deja de ser, desde un cierto punto de vista, un tema de barreras. La sentencia del TJCE, revocando la previa decisión de la Comisión que consideraba que había una posición de dominio, la desechó por las facilidades tecnológicas que tenían operadores de mercados vecinos para ingresar en el mercado en causa⁽¹¹²⁾. O lo que habría sido lo mismo, por una ausencia de barreras estructurales, que convertía a dicho mercado en un *mercado contestable* sin auténtico poder de mercado de los operadores establecidos, por altas cuotas que tuvieran (como era el caso de la empresa concernida)⁽¹¹³⁾.

⁽¹⁰²⁾ 31/5/1979, asunto 22/1978 *Hugin*.

⁽¹⁰³⁾ Sentencia del TPI de 19/7/1990, asunto T-51/1989, *Tetra Pak I*.

⁽¹⁰⁴⁾ Decisión de la Comisión de 24/3/2004, asunto COMP/C/37.792 *Microsoft*, y la sentencia del TPI de 17/9/2007, asunto T-201/04 *Microsoft*.

⁽¹⁰⁵⁾ Sentencia del TJCE de 14/2/1978, asunto 27/1966 *United Brands*.

⁽¹⁰⁶⁾ Sentencia del TJCE de 5/4/1995, asunto C-310/1993 P. *BPB Industries*.

⁽¹⁰⁷⁾ Sentencia del TPI de 12/12/1991, asunto T-30/89 *Hilti*.

⁽¹⁰⁸⁾ Sentencia del TJCE de 9/11/1983, asunto 322/81 *Michelin*.

⁽¹⁰⁹⁾ Sentencia del TJCE de 23/5/1978, asunto 102/77 *Hoffmann-La Roche*.

⁽¹¹⁰⁾ En la decisión de la Comisión de 9/12/1971, asunto IV/26.811 *Continental Can*, luego revocada por el TJCE en su sentencia de 21/2/1973, asunto 6-72 *Continental Can*.

⁽¹¹¹⁾ En este asunto se consideró que la vinculación del reproductor *WMP* al sistema operativo *Windows*, reforzaba las barreras de entrada, en cuanto que su omnipresencia orientaría el desarrollo y contenido de futuras aplicaciones informáticas.

⁽¹¹²⁾ Sentencia del TJCE de 21/2/1973, asunto 6-72 *Continental Can*.

⁽¹¹³⁾ La *sustituibilidad de la oferta* se contempla asimismo en la *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, DOCE C 372/5 de 09/12/1997, núms. 20 a 23. Sobre esta cuestión, véase también PELLISÉ CAPELL, J., *Mercado Relevante, Posición de Dominio y otras cuestiones que plantean los arts. 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Cizur Menor 2002, págs. 61 y ss., y GUTIÉRREZ, I./PADILLA, J., «Una racionalización económica...», cit., págs. 24 y ss.

3.3. Como indicativo de una explotación abusiva

También puede servir el análisis de las barreras como un indicativo de que la empresa en cuestión estaría incurriendo en una explotación abusiva de su posición de dominio. Como señalaba anteriormente, hay una cierta coincidencia entre determinadas *barreras de comportamiento*, y ciertos *abusos de exclusión (exclusionary abuses)*⁽¹¹⁴⁾. Lo característico de estos abusos es que producen efectos de *cierre del mercado (market foreclosure)*, que es exactamente lo mismo que crean las *barreras de comportamiento*. Como se indica en la *Comunicación de la Comisión Europea sobre abusos de exclusión*,

«El objetivo de la actividad de control de la Comisión en relación con la conducta excluyente es velar por que las empresas dominantes no impidan la competencia efectiva excluyendo a sus competidores de forma contraria a la competencia y por ende afectando lesivamente al bienestar del consumidor, ya sea mediante unos niveles de precios superiores a los que hubieran existido en caso contrario o por cualesquiera otros medios tales como limitar la calidad o reducir las posibilidades de elección del consumidor. En el presente documento se emplea el concepto de “cierre anticompetitivo del mercado” para describir una situación en la que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, gracias a la cual es probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores. La identificación del perjuicio probable para el consumidor se puede basar en pruebas cualitativas y, siempre que sea posible y apropiado, cuantitativas. Por otra parte, la Comisión se ocupará de este cierre anticompetitivo del mercado tanto al nivel intermedio como al de los consumidores finales o a ambos niveles»⁽¹¹⁵⁾.

Sin embargo, no toda *barrera de comportamiento* puede considerarse un *abuso de exclusión*. Para considerar a una conducta como *abusiva* es necesario hacer una adecuada ponderación de sus efectos pro y anticompetitivos. El *efecto de cierre de mercado* es, ciertamente, una clara consecuencia anticoncurrencial, que por definición tendrán, en un grado u otro, todos los comportamientos estratégicos que podríamos considerar como *barreras de comportamiento*, pero en estos comportamientos pueden concurrir otros elementos procompetitivos o justificaciones que conduzcan finalmente a descartar su carácter abusivo y, por consiguiente, su ilicitud⁽¹¹⁶⁾. Como señala la citada *Comunicación de la Comisión sobre abusos de exclusión*, las empresas pueden justificar su conducta «demostrando que su conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores»⁽¹¹⁷⁾.

Por poner un ejemplo de lo que estamos diciendo, y donde esa valoración puede ser relativamente simple, pensemos en las barreras que resultan de la *diferenciación de productos*. Si a esa diferenciación se llega por una mayor eficiencia en la fabricación y en la comercialización de los productos (por ejemplo, a través de una publicidad muy efectiva), que acaban determinando una mejor calidad e imagen de marca, aunque podamos decir que ello constituye

⁽¹¹⁴⁾ Sobre esta tipología de abusos, en la literatura española más reciente, véase PELLISÉ CAPELL, J., *La «explotación abusiva» de una posición dominante (arts. 82 TCE y 6 LEDC)*, Civitas, Madrid 2002, págs. 213 y ss., y ALFARO ÁGUILA REAL, J., «Delimitación de la noción de abuso de posición de dominio», en MARTÍNEZ LAGE, S./PETITBÓ JUAN, A. (Dir.), *El abuso...*, cit., págs. 216 y ss.

⁽¹¹⁵⁾ Núm. 19.

⁽¹¹⁶⁾ En una línea que me parece coincidente con lo que mantengo, el documento de la OCDE, *Barriers to Entry*, cit., pág. 73, señala que «cualquier cosa que disuada la entrada no es necesariamente ilegal. Puede ser el resultado de una buena competencia, incluso si obstaculiza nuevas entradas».

⁽¹¹⁷⁾ Núm. 28.

una barrera de entrada —y a otros efectos ser reveladora de dominancia—, la conducta de la empresa en este punto no sería reprochable como abuso de posición de dominio, pues sería un simple resultado de su mayor eficiencia, lo que no parece que pueda sancionarse desde el Derecho de la competencia, entre otras cosas por ser el objetivo final de sus normas conseguir esta eficiencia en interés de los consumidores⁽¹¹⁸⁾.

En otros casos, ciertamente, la *barrera de comportamiento* puede constituir, además, un abuso prohibido. En este sentido hay que referirse a la tipología de abusos de exclusión que se contemplan en la citada *Comunicación de la Comisión sobre abusos de exclusión*; a saber, acuerdos exclusivos, vinculación y venta de paquetes, precios predatorios, denegación de suministro y compresión de márgenes, en los términos apuntados por la misma, y a cuyo contenido, para mayores precisiones, nos remitimos ahora.

4. En las operaciones de concentración de empresas

Otro de los aspectos en el que el análisis de las *barreras de entrada* tiene importancia, es el del control de las operaciones de *concentración de empresas*. Tras el nuevo Reglamento 139/2004 sobre concentraciones, al que sustancialmente sigue el Derecho español, constituido ahora por los arts. 7 y ss. de la LDC, el control de estas operaciones se basa en una doble valoración sustantiva, la de *dominación* y la de *lesión de la competencia efectiva*, a la que se denomina *criterio SIEC*, al declararse incompatibles con el mercado común, según determina su art. 2.3 «*las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante*»⁽¹¹⁹⁾.

En la realización de esta valoración sustantiva, uno de los aspectos a analizar es de nuevo el de las *barreras de entrada*, en cuanto su consideración, junto a otras cuestiones, permitiría vaticinar el grado de poder de mercado de la empresa resultante de la concentración, y su idoneidad para crear una situación de dominancia u obstaculizar de cualquier otra forma la competencia efectiva en el mercado relevante. El propio Reglamento viene, además, a expresarlo con bastante claridad, cuando en su art. 2.1.2 señala lo siguiente (la cursiva es nuestra):

«En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

a) la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, entre otros factores, de la estructura de todos los mercados afectados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;

b) la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, *la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados*, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de

⁽¹¹⁸⁾ En esto coincido con BORK, R. H., *The Antitrust Paradox*, cit., pág. 311, que califica a los obstáculos de este tipo señalando que «*estas dificultades son naturales; son inherentes a la naturaleza de las tareas que deben acometerse*».

⁽¹¹⁹⁾ El primer Reglamento, el 4064/1989, se basaba únicamente en el *test de dominación*. Sobre los debates y razones para el cambio de criterio, véanse HERRERO SUÁREZ, C., «Control de las concentraciones de empresas», en VELASCO SAN PEDRO, L. A. (Dir.), *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid 2006, págs. 464 y ss.; CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las concentraciones de empresas*, Colex, Madrid 2006, págs. 190 y ss., y WHISH, R., *Competition Law*, cit., págs. 851 y ss.

los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia».

El desarrollo de la aplicación de estos criterios se recoge en las *Directrices de la Comisión para la evaluación de las concentraciones horizontales*⁽¹²⁰⁾ y las *concentraciones no horizontales (verticales y conglomerales)*⁽¹²¹⁾.

En las *concentraciones horizontales*, las Directrices correspondientes indican que deben valorarse «sus posibles efectos anticompetitivos y los factores compensatorios pertinentes, como el poder de la demanda, el alcance de las barreras de entrada y las posibles eficiencias alegadas por las partes»⁽¹²²⁾. De manera más específica, ha de examinarse si la empresa resultante de la concentración podría «obstaculizar significativamente la competencia efectiva al colocar (la) (...) en una posición en la que tendría la capacidad y el incentivo de dificultar la expansión de empresas más pequeñas y de competidores potenciales o de restringir por otros medios la capacidad competitiva de empresas rivales». Lo que se produciría cuando, «por ejemplo, la entidad fusionada puede ejercer tal grado de control o de influencia sobre el suministro de productos o las posibilidades de distribución, que la expansión o entrada de empresas competidoras resulte más costosa. Del mismo modo —continúan las Directrices—, el control de la entidad fusionada sobre las patentes u otros tipos de propiedad intelectual (por ejemplo, las marcas) puede dificultar la expansión o la entrada de competidores en el mercado»⁽¹²³⁾.

En cuanto a las *concentraciones no horizontales*, la relevancia de las barreras de entrada, residirá fundamentalmente en la evaluación de lo que las correspondientes Directrices de la Comisión llaman *efectos no coordinados*. Estos efectos no coordinados pueden aparecer cuando la operación da lugar «al cierre del mercado», entendiéndose por tal cualquier situación «en la que el acceso de los rivales reales o potenciales a las fuentes de suministro o a los mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la concentración, reduciendo así la capacidad y/o el incentivo de estas empresas para competir. Como consecuencia de dicho cierre del mercado —continúan las Directrices—, las empresas de la concentración —y, posiblemente, también algunos de sus competidores— pueden, en función de sus intereses, incrementar los precios aplicados a los consumidores»⁽¹²⁴⁾.

En los análisis que realiza la Comisión Europea de las operaciones de concentración de empresas que se someten a su control, es una constante el examen de la existencia o ausencia de barreras de entrada. Limitándose a algunos ejemplos de las decisiones de los últimos años, se han considerado, entre otras, los siguientes tipos de barreras en los asuntos que se indican.

La necesidad de autorizaciones (administrativas, slots de vuelo...) en *Veolia/Cleanway*⁽¹²⁵⁾, *Ryan Air/Aer Lingus*⁽¹²⁶⁾ y *Schering-Plough/Organon Biosciences*⁽¹²⁷⁾; la existencia

⁽¹²⁰⁾ *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas* (2004/C 31/03), DOUE C 31/5, de 5/2/2004.

⁽¹²¹⁾ *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas* (2008/C 265/07), DOUE C 265/6, de 18/10/2008.

⁽¹²²⁾ Núm. 12.

⁽¹²³⁾ Núm. 36.

⁽¹²⁴⁾ Núm. 18.

⁽¹²⁵⁾ Decisión de la CE de 21/9/2006, asunto COMP/M. 4318 *Veolia/Cleanway*.

⁽¹²⁶⁾ Decisión de la CE de 27/6/2007, asunto COMP/M. 4438 *Ryan Air/Aer Lingus*.

⁽¹²⁷⁾ Decisión de la CE de 11/12/2007, asunto COMP/M. 4691 *Schering-Plough/Organon Biosciences*.

de restricciones regulatorias en materia de publicidad en *Imperial Tobacco/Altadis*⁽¹²⁸⁾; la estructura de los impuestos en *BAT/Skandinavisk Tobakskompagi*⁽¹²⁹⁾; la elevada cuantía de las inversiones necesarias en *Veolia/Cleannway*, *Toshiba/Westinhouse*⁽¹³⁰⁾, *Schering-Plough/Organon Biosciences*, *Metso/Aker Kvaener*⁽¹³¹⁾ y *Nordic Capital/Convatec*⁽¹³²⁾; la existencia de derechos de propiedad intelectual o industrial o el requerimiento de un elevado grado de *know-how* en *Toshiba/Westinhouse*, *Jonhson & Jonhson/Pfizer Consumer Healthcare*⁽¹³³⁾, *Universal/BMG Music Publishing*⁽¹³⁴⁾, *SFR/Télé 2 France*⁽¹³⁵⁾, *Egmont/Bonnier*⁽¹³⁶⁾ y *Metso/Aker Kvaener*; la diferenciación de productos por la marca en *Nestlé/Novartis*⁽¹³⁷⁾, *Danone/Numico*⁽¹³⁸⁾, *Kraft/Danone Biscuits*⁽¹³⁹⁾, *BAT/Skandinavisk Tobakskompagi* y *Nordic Capital/Convatec*; la reputación de competidor agresivo en *Ryan Air/Aer Lingus*; el *bundling* de marcas en *Pernod Ricard/V & S*⁽¹⁴⁰⁾, etc.

IV. CONCLUSIÓN

Como se acaba de exponer, el análisis de las barreras tiene suma importancia, tanto en relación con la valoración del *abuso de posición de dominio* como respecto al control de las *operaciones de concentración de empresas*. La práctica de las autoridades de la competencia, así como algunos documentos relevantes, como las citadas *Comunicación y Directrices de la Comisión*, lo vienen también a poner de relieve. Sin embargo, como se adelantaba en la introducción, el recurso a este concepto dista de ser suficientemente preciso y, sobre todo, en las diferentes decisiones y resoluciones de estas autoridades, no suele cuantificarse empíricamente, ni la existencia ni la altura de las barreras. En este punto, debería hacerse una utilización más exacta y, sobre todo, medida empíricamente a través de los modelos de análisis económico disponibles que, aun siendo seguramente cuestionables en algún aspecto como lo son todos los modelos, aportarían sin duda mayor certidumbre. Con lo que no sólo disminuiría el apreciable grado de inseguridad jurídica que existe en relación con estas conductas, sino que también se aplicaría de forma más justa y efectiva el propio Derecho de la competencia⁽¹⁴¹⁾.

- (128) Decisión de la CE de 18/10/2007, asunto COMP/M. 4581 *Imperial Tobacco/Altadis*.
 (129) Decisión de la CE de 27/6/2008, asunto COMP/M. 5086 *BAT/Skandinavisk Tobakskompagi*.
 (130) Decisión de la CE de 19/9/2006, asunto COMP/M. 4153 *Toshiba/Westinhouse*.
 (131) Decisión de la CE de 12/12/2006, asunto COMP/M. 4187 *Metso/Aker Kvaener*.
 (132) Decisión de la CE de 15/06/2008, asunto COMP/M. 5190 *Nordic Capital/Convatec*.
 (133) Decisión de la CE de 11/12/2006, asunto COMP/M. 4314 *Jonhson & Jonhson/Pfizer Consumer Healthcare*.
 (134) Decisión de la CE de 22/5/2007, asunto COMP/M. 4404 *Universal/BMG Music Publishing*.
 (135) Decisión de la CE de 18/7/2007, asunto COMP/M. 4504 *SFR/Télé 2 France*.
 (136) Decisión de la CE de 15/10/2007, asunto COMP/M. 4611 *Egmont/Bonnier*.
 (137) Decisión de la CE de 29/06/2007, asunto COMP/M. 4540 *Nestlé/Novartis*.
 (138) Decisión de la CE de 31/10/2007, asunto COMP/M. 4842 *Danone/Numico*.
 (139) Decisión de la CE de 9/11/2007, asunto COMP/M. 4824 *Kraft/Danone Biscuits*.
 (140) Decisión de la CE de 17/7/2008, asunto COMP/M. 5114 *Pernod Ricard/V & S*.
 (141) A esto deben añadirse las consideraciones sobre la prueba que se hacen en el ap. II.3.