

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO

**“ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE LAS
CONDUCTAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO”**



TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO
PRESENTADO POR:

CROSBY AUGUSTO BULEJE DÍAZ - 20010438

ASESOR: LUIS JOSÉ DIEZ CANSECO NÚÑEZ

Lima, 13 junio de 2016



A mi familia, padres, hermana, abuelos,
mi eterno agradecimiento por su amor y
paciencia.

- RESUMEN EJECUTIVO

- INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1: La Regulación de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio

1.1 Fundamentos Teóricos de La Política de Libre Competencia

- A. El Modelo de Competencia Perfecta
- B. Eficiencia en el Mercado en Competencia Perfecta
- C. Poder Monopólico o de Mercado
- D. Ineficiencia Derivada de la Posición de Dominio: Pérdida de Eficiencia Social
- E. La política de libre competencia como mecanismo corrector
- F. Enfoque Estructuralista + Enfoque Eficientista

1.2 La Política de Libre Competencia en el Perú

- A. La Regulación de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio en el Perú
 - a. La Existencia de Posición de Dominio
 - b. Conducta por parte del dominante con efectos anticompetitivos sin justificación
 - Negativa Injustificada a Contratar
 - Discriminación
 - Ventas atadas
 - Contratos de exclusividad

CAPITULO 2: Crítica a la Regulación de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio

2.1 Mala Teoría / Mala Política

2.2 Crítica Metodológica

- A. Identificando el Método Científico de la Regulación del Abuso de Posición de Dominio
- B. El Método Empírico

- C. Implicancias de la Aplicación del Método Empírico en la Economía y, en Particular, en la Regulación de las conductas de Abuso de Posición de Dominio
- D. ¿Por qué no se debe aplicar el método empírico para el estudio de las presuntas conductas de abuso de posición de dominio?

2.3 Conclusión Preliminar

CAPITULO 3: La Falta de Realismo del Modelo de Competencia Perfecta y del de Monopolio

- 3.1 No se pueden juzgar los fenómenos económicos sobre la base de modelos irreales
 - Contra el argumento de que las teorías de competencia perfecta y de monopolio son una simplificación de la realidad
 - Abstracciones realistas e irrealistas
 - La utilidad de los modelos irreales
- 3.2 Los Aspectos Cruciales de la Realidad Fenoménica que Niegan los Modelos de Competencia Perfecta y de Monopolio
 - A. Contradicciones lógicas internas de los modelos de competencia perfecta y de monopolio
 - B. Objeto de estudio: *Homo economicus* vs *homo agens*
 - C. Conocimiento perfecto vs conocimiento imperfecto
 - D. Concepto de competencia: Mundo estático vs mundo dinámico
 - E. Los precios dados vs sistema de precios
 - F. Una economía sin beneficios empresariales vs una economía con beneficios empresariales
 - G. Una economía con función empresarial y una economía sin función empresarial.
 - H. Competencia Estática Vs Competencia Real
 - I. Conclusión

CAPÍTULO 4: Un Enfoque Metodológico y Epistemológico distinto de aquellas conductas empresariales consideradas como abuso de posición de dominio

- 4.1 Un nuevo enfoque metodológico
- A. La Praxeología
 - B. Historia
 - C. Reconstruyendo la Economía
 - Primer Nivel: La Praxeología o acción humana
 - Segundo nivel: La relación de intercambio aislada
 - Tercer nivel: El mercado y las instituciones
 - D. Economía con Instituciones Vs Economía sin Instituciones
 - E. Sistema de Precios Como Mecanismo de Coordinación
 - F. Derechos de Propiedad Como Mecanismo de Coordinación
- 4.2 Reflexión Preliminar: un fenómeno complejo no puede ser coordinado mediante mandatos legales

CAPITULO 5: Repensando La Teoría Regulación De Las Conductas De Abuso De Posición De Dominio

- 5.1 El Concepto de Posición Dominante
- 5.2 La Falta de Reglas Claras
 - La definición del mercado relevante y la posición de dominio
 - La Regla de la Razón
 - ¿Por qué no cabe el término “abuso” de posición dominante”?
 - Nuevo enfoque de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio

CAPITULO 6: El Origen Histórico De La Regulación De Las Conductas De Abuso De Posición De Dominio

- CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad presentar una crítica a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

- **CAPÍTULO 1: La Regulación de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio**

La primera sección del presente trabajo presenta un desarrollo de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio en el Perú. Para ello, en primer lugar, es necesario desarrollar cuáles son sus fundamentos pues toda política económica, como es el caso de dicha regulación, se sustenta en una teoría económica.

Repasando los primeros trabajos sobre el particular, damos con que esta teoría se sustenta en dos modelos de mercado en equilibrio, los cuales se estudian a partir del paradigma Estructura – Conducta – Desempeño: el modelo de competencia perfecta y el modelo de monopolio.

Este paradigma sostiene que la eficiencia de un mercado está determinada por la estructura del mismo (niveles de concentración, número de agentes, barreras de entrada, etc.). De esta manera, esta teoría justifica la regulación que tiene por objeto atacar estructuras monopólicas o de dominancia, bajo la premisa que este tipo de mercados generan ineficiencia. A partir de ahí su relación con la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

En ese orden de ideas, tratamos los modelos de competencia perfecta y de monopolio, los cuales como hemos apuntado, son manifestaciones del paradigma Estructura – Conducta – Desempeño. Sobre el modelo de competencia perfecta, precisamos que representa un modelo de mercado en equilibrio donde existe un precio y cantidad de equilibrio. En dicho equilibrio se maximiza la eficiencia social o alcanza la eficiencia en el sentido de Pareto. En el modelo de monopolio, el monopolista determina un precio superior al precio de equilibrio y debido a ello, en dicho mercado se genera pérdida de eficiencia social (PES). La pérdida de eficiencia social implica que en el mercado se están asignando de manera ineficiente los recursos porque los consumidores pagan un precio más alto por unos productos cuando podrían invertir dicho sobre precio en bienes que valoran más y los productores dejan de producir unidades que bien podrían ser vendidas en el

mercado a un precio menor. En ese contexto, mientras que el mercado en competencia perfecta es eficiente en el sentido de Pareto, el mercado en monopolio presenta PES.

Al tratar los modelos teóricos relacionados con la regulación de las conductas de posición de dominio, desarrollamos cuál es el método científico empleado. En ese orden de ideas, ponemos en evidencia que el método para desarrollar los fundamentos económicos es el método empírico.

Ahora bien, el objetivo de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio es evitar que se produzcan conductas empresariales que puedan hacer que el mercado se asemeje a uno más en monopolio y se aleje de uno en competencia perfecta. Es importante destacar que en las últimas décadas, la referida regulación ha reconocido que el modelo de competencia perfecta es un modelo ideal, no obstante, se debe apuntar hacia él. Ciertamente, si bien la legislación de libre competencia determina que el mercado debe apuntar al modelo de competencia perfecta, en tanto que este es inalcanzable por ser irreal, es deseable que al menos en el mercado haya “competencia efectiva”. Esta es una situación en la que hay empresas con poder de mercado, alcanzado mediante eficiencias económicas, y en la que la regulación debe poner mayor énfasis en las barreras de entrada al mercado.

Sobre esta base teórica, desarrollamos los principales aspectos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. Así, detallamos los requisitos para que se configure una conducta de abuso de posición de dominio: (i) la posición de dominio; (ii) las principales modalidades de abuso de posición de dominio; y, (iii) la necesidad de que la conducta genere efectos anticompetitivos sin una justificación basada en una mayor eficiencia económica.

- **CAPÍTULO 2: Crítica a la Regulación de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio**

La segunda sección tiene por objeto establecer críticas a la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. La principal crítica es una de carácter metodológico.

De acuerdo con la investigación realizada, pudimos determinar que el método científico empleado en la teoría relacionada con el paradigma estructura conducta desempeño y sus manifestaciones, el modelo de competencia perfecta y el de monopolio, es el método empírico.

El método empírico en economía está relacionado con la idea de que con el análisis de carácter empírico se pueden obtener teorías o leyes económicas. Desde una perspectiva sencilla, explicamos que el método empírico tiene las siguientes características:

- Es un método fáctico que se ocupa de los hechos que realmente existen.
- Utiliza la verificación empírica. Esto implica que una hipótesis se comprueba no mediante un análisis lógico deductivo sino mediante la contrastación por medio de la percepción.
- Es auto correctivo y progresivo. Esto implica que nunca se llega a un estado final del conocimiento.
- El muestreo es básico para el método analítico.

Ahora bien, ¿Cómo demostramos que el método empírico fue el empleado para la determinación de la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio? Para tal efecto, estudiamos precisamente los primeros trabajos que sirvieron de base para la determinación de dichas teorías. En relación a tales trabajos, estos consistieron en estudios de mercados relacionados con una zona geográfica y un periodo de tiempo. Sin embargo, a partir de estos, los economistas “demostraron” una suerte de relación entre la estructura de dicho mercado (niveles de concentración) y el performance del mismo (tasas de beneficio empresarial). Esta “relación” permitió precisamente obtener la teoría relacionada con el paradigma estructura – conducta – desempeño.

Habiendo determinado el método científico a criticar, en esta sección demostramos por qué es importante nuestra crítica. Y es que si el método científico de una teoría no es el adecuado, ello genera la invalidez de la más formal de las teorías. Si la teoría económica es inválida, entonces la política que se sustenta en la misma también será errada. La metodología nos permite estudiar cuál es el método adecuado para determinado campo científico. Para ello se tiene en cuenta cuáles son las características particulares del objeto de estudio. En relación a nuestro trabajo, el objeto de estudio es la acción humana y el mercado. Siendo así, debemos identificar un método de estudio adecuado.

A continuación, en esta sección, estudiamos qué implica que en determinado campo de investigación, y en particular, en la economía, se utilice el método empírico. Sobre el particular, apuntamos lo siguiente:

- La búsqueda de regularidades: Al respecto, para poder obtener leyes mediante el método empírico, es necesario que en el mercado hayan constantes o regularidades. Ello supone que en el mercado, el comportamiento de las variables debe ser constante o regular a fin de poder extraer una ley general aplicable al mercado. Si el objeto de estudio (la acción humana o el mercado) no presentara dichas regularidades, entonces no podría aplicarse el método empírico pues todo sería variables y una ley no podría aplicarse a todo mercado porque las condiciones serían distintas. En efecto, sin constantes, no se podría verificar una hipótesis pues las condiciones siempre variarían.
- La posibilidad de la predicción: En la medida que en el mercado existen presuntas regularidades, entonces el científico está en capacidad de predecir cuál será el comportamiento, en virtud de la experiencia pasada. De acuerdo con la teoría que regula las conductas de abuso de posición de dominio, la predicción en el mercado es posible. Ello se puede apreciar a partir del paradigma estructura – conducta – desempeño. En efecto, este paradigma señala que si un mercado ostenta determinada estructura, digamos, atomizada, entonces los agentes económicos se comportarán de manera eficiente en el sentido de Pareto. Un ejemplo de ello es que muchas empresas son sancionadas bajo la idea de que la agencia de competencia puede predecir que determinados contratos de exclusividad impuestos por estas pueden generar ineficiencias en el futuro.

En este punto presentamos nuestra crítica: el objeto de estudio de la economía, a decir, la acción humana o el mercado presenta determinadas características que genera que el uso del método empírico para obtener las teorías de mercado sea incorrecto. Ello sobre la base de las siguientes ideas: (i) en las ciencias sociales no existe regularidad; (ii) en economía no se pueden realizar predicciones científicas; y, (iii) los fenómenos económicos no se pueden ver sino interpretar.

En relación a (i), explicamos que no existen relaciones constantes en economía ello se debe a que los agentes económicos, que son el objeto de estudio, actúan en función a un fin propio, los cuales son de carácter subjetivo y son desconocidos de manera externa a ciencia cierta. Siendo así, todas las acciones humanas no son constantes sino son variables. Si no existen constantes, entonces el

paradigma estructura – conducta - desempeño, hallado en función al dicho método, no es necesariamente cierto, y en consecuencia, la estructura de mercado no define el performance del mismo necesariamente. En consecuencia, no es científicamente correcto sancionar conductas que alejen el mercado de uno en competencia perfecta. Finalmente, si no existen relaciones constantes, no es posible extraer teorías. Siendo así, la agencia de competencia no puede extraer una teoría válida en relación a determinada conducta empresarial, sino que solo será una interpretación de carácter subjetivo respecto de un fenómeno económico. Siendo así, no resultaría legítimo que se imponga una sanción a una empresa, sobre la base de una interpretación subjetiva.

En relación a (ii), dada la naturaleza cambiante y subjetiva de la acción humana, no es posible realizar predicciones científicas. Siendo así, no es posible anticipar el performance de determinado mercado a partir de su estructura (paradigma estructura – conducta - desempeño). Por lo tanto, la agencia de competencia tampoco puede predecir cuál será el desempeño de determinada actuación empresarial por lo que no resultaría legítima una ley que le permita imponer sanciones sobre la base de predicciones imposibles de realizar.

En relación a (iii), afirmamos que los hechos en economía no son observables como supone la aplicación del método empírico. Los hechos en economía son fenómenos complejos que requieren ser interpretación. Son fenómenos complejos por: el inmenso volumen de información que existe en el mercado; la información se encuentra diseminada, es subjetiva y tácita; y, la información es cambiante y se crea nueva a cada momento. El método empírico podría aplicarse si esta información pudiera ser observada pues así se pueden recolectar los datos de manera objetiva. Sin embargo, en la medida que los hechos de la economía son complejos, requieren de interpretación que por su naturaleza está plagada de juicios de valor. Ello hace que la teoría que se obtenga a partir de la misma no sea objetiva sino subjetiva.

En conclusión, el método empírico no puede utilizarse para estudiar la acción humana y el mercado. En consecuencia, invalida la teoría relacionada con los modelos de competencia perfecta y monopolio, manifestaciones del paradigma estructura – conducta – desempeño, la cual utiliza dicho método.

- **CAPÍTULO 3: La falta de Realismo de la Teoría que Sustenta la Regulación de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio**

En la tercera sección presentamos una crítica de corte epistemológico. La hipótesis planteada en esta sección es que el empleo del método empírico en la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio ha conducido al desarrollo de una teoría que nada tiene que ver con la realidad, y, en ese sentido, no permite una adecuada comprensión de las conductas empresariales consideradas como abuso de posición de dominio.

Al respecto, como demostramos en la sección anterior, el objeto de la economía, a decir, los fenómenos económicos como la acción humana o el propio mercado poseen determinadas características que hacen que la aplicación del método empírico sea inadecuada (son fenómenos complejos). Sin embargo, la persistencia por la aplicación del mismo, ha generado que los economistas modifiquen el objeto de estudio al punto de distorsionarlo totalmente. Efectivamente, con el propósito de poder estudiar el mercado a partir de los modelos de competencia perfecta y de monopolio, la acción humana, objeto de estudio de la ciencia económica, ha sido reducida a la actividad de un simple autómatas caracterizado por tener preferencias homogéneas e invariables, vivir en un entorno de conocimiento perfecto donde no hay espacio para la innovación, actuar en función únicamente a los ingresos económicos, vivir en un entorno donde los espacios culturales e institucionales son irrelevantes, ser carente de la capacidad de aprender, entre otras características. Solo un hombre con estas características es capaz de encajar en los modelos de competencia perfecta y de monopolio. Un humano con estas características hace sentido a la teoría de la eficiencia de Pareto.

Sin embargo, a pesar de que la teoría de la eficiencia de Pareto funcione y sea verdadera dentro de los modelos de competencia perfecta y de monopolio, lo cierto es que la misma nada explica del mundo real. Ciertamente, dicha teoría explica la eficiencia dentro de los modelos de competencia perfecta y de monopolio. Empero, dicha teoría no es aplicable a la realidad porque parten de presupuestos distintos. Mientras que los modelos bajo cuestionamiento tienen determinados presupuestos irreales, el mercado real tiene otros presupuestos que incluso son diametralmente distintos. Ello nos lleva a concluir que no es que los economistas simplifiquen el objeto de estudio para poder estudiarlo – lo cual en ciencia es aceptable- el problema es que lo distorsionan. Siendo así, la teoría de la eficiencia de Pareto, al partir de un modelo totalmente irreal, dichas prescripciones no pueden ser aplicables al mundo real porque nos llevarían a efectos no intencionados o incluso contraproducentes. En efecto, las prescripciones normativas a las que nos

lleva la teoría de la eficiencia de Pareto no las podemos aplicar al mundo real porque son modelos distintos.

En esta sección, para explicar nuestra posición, hacemos énfasis en aquellos presupuestos irreales de la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición y cómo estos distan de la realidad. Estos presupuestos son los siguientes:

- La inconsistencia lógica de los modelos de competencia perfecta y de monopolio.

Lo mínimo que se puede exigir a una teoría es que sea lógica dentro de sus propios términos. Al respecto, aunque no sea un aspecto muy conocido, consideramos que vale la pena resaltar que los modelos de competencia perfecta y de monopolio son ilógicos pues no es posible sostener que para un mismo mercado un monopolista enfrente una demanda elástica mientras que si fuera en competencia perfecta, la demanda es horizontal o inelástica. Ello quiere decir que ambas demandas deben ser iguales y en consecuencia, hasta en un mercado en competencia perfecta existe PES, por lo que no existe más justificación para tener una política económica que apunte hacia dicho modelo.

- *Homo economicus vs. homo agens*

El homo economicus es el modelo de hombre a partir del cual parten los modelos de competencia perfecta y de monopolio. Este hombre tiene las preferencias dadas y son conocibles. En consecuencia, la maximización de utilidad de este hombre es sencilla, a través de una operación matemática. Sin embargo, el hombre real no es un optante entre alternativas fijas de fines y medios. El hombre real actúa en un entorno de fines y medios aún no descubiertos pero que se descubren en un proceso dinámico de mercado. Un hombre que actúa es un *homo agens*. A diferencia, el homo economicus es un ser autómatas incapaz de descubrir, variar sus preferencias o aprender del pasado. El homo agens, en cambio, actúa en función a sus fines, los cuales son subjetivos y de ninguna manera son fines homogéneos entre todos los hombres. Además, los fines del *homo agens* son variables e inestables por una sencilla razón: las preferencias cambian y se aprende en el mercado.

- Conocimiento perfecto vs. conocimiento imperfecto

La asunción más controversial de los modelos de competencia perfecta y de monopolio es que en el mercado existe información perfecta. Sin embargo, es la única forma en que se pueden alcanzar dichos equilibrios. En efecto, solo sabiendo cuáles son las preferencias de los consumidores y las cantidades necesarias del mercado, los productores saben qué y cuánto producir. Así, se logra el punto de equilibrio.

No obstante, el conocimiento en el mercado no es perfecto, y es precisamente esta situación la que permite identificar al mercado como un proceso dinámico de descubrimiento de información. La no perfección del conocimiento tiene dos dimensiones: la ignorancia genuina y la incertidumbre.

En cuanto a la ignorancia, esta está referida a que en el mercado, por ser un fenómeno complejo, existe información infinita. Esto, tanto respecto de la demanda como de la oferta, existe una gran cantidad de información, la cual no puede ser conocida por ninguna mente humana. De hecho, el individuo no solo no conoce algunas cosas en el mercado sino que tampoco sabe lo que no sabe, y por ello siempre está en un entorno de ignorancia genuina. Esto es importante porque la ignorancia con respecto a las variables en el mercado dan lugar a los errores empresariales puros y, en consecuencia, al beneficio empresarial puro. Ciertamente, el hecho de que las preferencias no sean conocidas, genera que los empresarios constantemente descubran estas preferencias y puedan hallar oportunidades de ganancia en el mercado en un proceso de rivalidad con otros empresarios. Si el conocimiento fuera perfecto, se sabría cuánto y qué producir por lo que no sería necesaria la pugna empresarial por beneficios, viéndose perjudicados los propios consumidores.

En cuanto a la incertidumbre, cabe señalar que como el mercado real no es uno de carácter estático sino que el tiempo está implícito, entonces los hechos futuros no se conocen. En efecto, conforme pasa cada minuto, debido a la naturaleza del homo agens, este va creando nueva información respecto de los fines y medios en el mercado (por ejemplo, respecto de las preferencias de los agentes económicos y de los factores productivos a empelar para satisfacer estas preferencias).

Si es que la información es imperfecta, los agentes económicos no pueden tener certeza sobre los resultados de sus acciones empresariales. Por lo tanto, no pueden conocer si determinado contrato de exclusividad o discriminación puede generar una ineficiencia en el mercado. En

ese sentido, si ninguna persona es capaz de conocer dichos resultados, la agencia de competencia tampoco, en tanto que su conocimiento es tan o más limitado que el de un empresario con respecto al mercado. Por ello, imponer sanciones teniendo en cuenta que es imposible conocer el resultado de una acción empresarial, resulta ilegítimo desde la perspectiva planteada.

- Competencia en un mundo estático y competencia en un mundo dinámico

Los modelos de competencia perfecta y de monopolio representan mercados en donde todas las transacciones entre productores y consumidores ya se han realizado llegando a un precio en equilibrio. No admiten la existencia de tiempo pues todo ya ocurrió. Sin embargo, el mercado no es un concepto estático sino es un proceso donde sí existen tiempo, es un mundo dinámico. Es justamente este dinamismo que da lugar al proceso competitivo. De esta manera, consideramos que no resulta adecuado emplear como criterio normativo un modelo de mercado basado en un ideal de eficiencia estática para juzgar un mercado que presenta características dinámicas porque precisamente se deja de lado el proceso que permite llegar a una adecuada coordinación en el mercado. En concreto, planteamos que no se debe emplear el criterio de eficiencia de Pareto pues está ligado a un mundo estático o atemporal sino que se debe cambiar a un criterio de eficiencia dinámico. En este punto, introducimos el concepto de eficiencia dinámica. Este se entiende como la capacidad para impulsar la creatividad empresarial y de otro lado la coordinación de los distintos planes individuales en un mercado dinámico donde nada se encuentra en estado de equilibrio. Si es que no se cambia el criterio estático, entonces las prescripciones normativas que emita la agencia de competencia pueden generar distorsiones al proceso competitivo impidiendo el surgimiento de la competencia o de la innovación, la cual solo existe en un entorno dinámico.

- Precios dados vs. sistema de precios

Otro aspecto importante son los precios. En los modelos de competencia perfecta y de monopolio, los precios están simplemente dados. De hecho, como se demuestra, los agentes son “meros tomadores de precios”. Sin embargo, los precios en el mercado no están dados sino que son descubiertos mediante el sistema de precios. En el mercado, los empresarios precisamente están constantemente intentando descubrir cuál es el precio de mercado de los distintos bienes y servicios en el mercado. Este proceso permite coordinar en el mercado qué

cosa producir (los bienes más urgentes o más valorados), en cuánto, qué factores productivos emplear, etc. Es decir, el sistema de precios permite coordinar el mercado entero. A partir de este, los empresarios interpretan qué es lo más urgente por producir y así entran en arreglos contractuales en el mercado de diversa naturaleza. Sin embargo, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no considera ello sino que solo toma en cuenta los precios dados o los precios históricos e ignora el proceso mediante el cual los empresarios deben descubrir cuáles serán los precios adecuados en función de las preferencias de los consumidores.

- Los beneficios empresariales

Otro aspecto importante es que los modelos de competencia perfecta y de monopolio no contemplan el beneficio empresarial. De hecho, el primer modelo asume que lo más eficiente es que los beneficios empresariales sean iguales a cero. Esta teoría ignora que el beneficio empresarial tiene dos funciones importantes. En primer lugar, es el resultado de que las empresas se han comportado de manera eficiente en el mercado atendiendo la demanda más urgente de los consumidores. En segundo lugar, es el incentivo que genera que los empresarios innoven o compitan por oportunidades de ganancia, lo cual redundará en beneficio de los consumidores.

- La función empresarial

Dado que el mercado es estático, los medios y fines están dados, y no hay ganancia empresarial, según el modelo de competencia perfecta, entonces no hay lugar a la función empresarial. En este punto, resaltamos como es que una regulación que tiene por objeto restringir determinadas actuaciones empresariales, parte de una teoría la cual niega o no concibe la existencia de la figura del empresario. Por empresario, no nos referimos al mero productor que sabe cuánto y qué producir sino a la función que cumple el empresario en el mercado precisamente de estar alerta a las oportunidades de ganancia, pugnando por descubrir los desajustes en el mercado que no está en equilibrio.

- Competencia estática vs. competencia real

Finalmente, en este punto planteamos un concepto alternativo de competencia. Dejamos de lado la definición clásica del problema económico relacionado con la “correcta asignación de

recursos” el cual se da en un mercado en competencia perfecta. En su lugar, replanteamos que el mercado es un proceso en el cual los agentes deben actuar a fin de coordinar los distintos planes y la rivalidad o competencia sí es un factor clave cuya definición dista del modelo de competencia estática. Planteamos que la competencia real está relacionada con aquella pugna que se da en un mercado dinámico y de incertidumbre inerradicable a fin de descubrir oportunidades de ganancia, en lo que se denomina proceso de “ensayo y error”.

Esto nos lleva a concluir que la teoría que fundamente la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no explica de manera adecuada cómo funciona el mercado real. En consecuencia, las prescripciones normativas que se puedan emitir a partir de dicha teoría pueden generar consecuencias inintencionadas, restando validez científica a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

- **CAPÍTULO 4: Un Enfoque Metodológico y Epistemológico Distinto de Aquellas Conductas Empresariales consideradas como Abuso de Posición de Dominio**

Habiendo descartado la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, en la cuarta sección del presente trabajo presentamos un nuevo enfoque teórico, esta vez desde un punto de vista metodológico y epistemológico correcto con el objeto de reconstruir la ciencia que estudia los fenómenos económicos.

En primer lugar, definimos el objeto de estudio: la acción humana como elemento base de cualquier fenómeno de mercado. El estudio de la acción humana la dividimos en dos ramas metodológicas: la praxeología y la historia.

La praxeología es una sub rama de la ciencia económica que tiene por objeto de estudio la acción humana a partir del método lógico deductivo y parte del estudio de la acción humana como categoría a priori. Es decir, la praxeología parte del axioma de la acción humana o de la proposición que el hombre actúa. A partir de esta categoría, podemos deducir axiomas secundarios a priori, los cuales son necesariamente ciertos y no estarán sujetos a refutación empírica.

La historia es también estudia la acción humana no como categoría a priori sino como se ha manifestado en el pasado. El método de estudio en este caso es el método de comprensión. Este se

basa en el conocimiento experimental y, por tanto, histórico sobre el contenido de los juicios de valor de las personas. Para ello, el científico social emplea sus juicios de relevancia, a fin de determinar o comprender la acción humana histórica en determinado tiempo y lugar.

A partir de estos enfoques, reconstruimos la economía. En ese sentido planteamos un modelo de mercado distinto al de los modelos que sustentan la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. El mercado viene a ser aquel espacio donde confluyen los distintos planes individuales subjetivos de los agentes, tanto de consumidores como de productores. Definimos el plan como una preferencia o necesidad individual de un agente que requiere ser satisfecha. La manera de satisfacer esta necesidad es mediante una acción humana. Pero no se trata de una acción aislada sino de dos acciones humanas llevadas a cabo entre dos agentes dando lugar a lo que se denomina una relación de intercambio. Millones de relaciones de intercambio componen el mercado. Ahora bien, en la medida que estas relaciones de intercambio sean las correctas, podemos afirmar que el mercado funciona o existe un orden en el mismo. **Es decir, para que exista orden debe existir algún grado de coordinación entre la información de los distintos individuos pues de otra manera, estos no sabrían que intercambios realizar. Esta información está referida a los distintos planes individuales de los agentes en el mercado (consumidores y ofertantes).**

Cabe señalar que la información en el mercado sobre los distintos planes individuales se encuentra diseminada, es subjetiva y tácita; es cambiante y se crea nueva a cada momento. En ese sentido, ¿cómo pueden los agentes económicos lidiar con el problema de coordinar este tipo información de manera que el mercado funcione? Para ello, en el mercado surgen las instituciones. Al respecto, existen de dos clases: las instituciones propiamente dichas y las organizaciones.

Una institución propiamente dicha es una disposición entre agentes cuya coordinación interindividual no ha surgido de manera deliberada sino de forma espontánea. Es un orden con un grado de complejidad bastante elevado que ninguna mente humana puede dominar. Su existencia no necesita manifestarse a nuestros sentidos, sino que puede basarse simplemente en relaciones abstractas que nosotros sólo podemos reconstruir mentalmente. Al no haber sido construidos deliberadamente, no se puede decir que tengan un objetivo particular. Este tipo de órdenes se rigen por reglas de carácter abstracto que los agentes económicos pueden percibir pero no pueden formalizar. Los agentes se dan cuenta que están mejor siguiendo este tipo de reglas que no siguiéndolas. Ejemplo de este tipo de orden son los derechos de propiedad, las reglas contractuales, el sistema de precios, el dinero, etc. Este tipo de reglas, por su carácter abstracto y general, pueden

ser seguidas por una inmensa mayoría y, en consecuencia, sirven para coordinar los millones de planes individuales en el mercado. **Las reglas de conducta que rigen estas instituciones no son las disposiciones o mandatos de coacción del gobierno sino que son aquellas regularidades que se siguen de manera voluntaria o hasta incluso conveniente.** Por ello no se debe confundir, por ejemplo, el derecho de propiedad como una institución con un código civil que emana del gobierno.

De otro lado tenemos a las organizaciones. Este tipo de órdenes son relativamente simples, de manera que pueden ser comprendidos y dominados por los individuos. Además, son creados de manera deliberada y, en consecuencia, suelen ser concretos de manera que se pueden percibir por la simple observación. A diferencia de las instituciones, el fin al que sirven las organizaciones está constituido por tareas limitadas. Esto es, la información que deben coordinar no es aquella que se encuentra dispersa e inmanejable como en los órdenes espontáneos sino que es información específica y concreta que sí es manejable.

Las organizaciones tienen una estructura jerárquica donde el organizador en última instancia es el que establece el fin particular. Ejemplos de organizaciones son las familias, las empresas, asociaciones, etc. En tanto que las organizaciones también cumplen el rol de coordinación, también están sometidas a un tipo de reglas las cuales son determinadas por el organizador de manera específica (a diferencia de las que gobiernan los órdenes espontáneos). Así, las reglas en las organizaciones se forman de arriba y se imponen hacia abajo.

Gracias a estas instituciones, los planes en el mercado se pueden coordinar. En efecto, el sistema de precios, por ejemplo, transmite información respecto de qué producir, cuánto y a qué precios. Los derechos de propiedad transmiten información valiosa en relación con la posibilidad de aprovechar los usos de la explotación de los factores de producción propios. Las reglas contractuales transmiten información respecto del cumplimiento de los contratos. Si no fuera por estas instituciones, los agentes económicos no tendrían información a efectos de entrar en relaciones de intercambio.

A diferencia de lo antes mencionado, la teoría que sustenta la regulación las conductas de abuso de posición de dominio no contempla las instituciones. Y es que ello es lógico pues en estos modelos ya todo se encuentra coordinado, todas las relaciones de intercambio se han dado al punto de llegar al equilibrio. En este contexto, no es necesario el surgimiento de las instituciones pues no hay nada que coordinar.

En ese sentido, en esta sección afirmamos que no se puede emplear como criterio normativo una teoría que no contempla las instituciones pues las prescripciones, aplicadas al mundo real, atentan contra ello que precisamente permite la coordinación en el mercado. Quizá la teoría de la eficiencia de Pareto funciona en los modelos ideales de competencia perfecta y de monopolio, pero en el mundo real, atenta contra las instituciones económicas.

- **CAPITULO 5: Repensando la Teoría de Regulación de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio**

En esta sección, analizamos los principales elementos de la regulación de las conductas de abuso de dominio a la luz del enfoque de mercado que hemos planteado con objeto de resaltar las principales falencias de dicha política.

En primer lugar, tratamos el concepto de posición dominante. Al respecto, si bien su sola tenencia no es ilícita como establece la legislación de libre competencia, sí tiene una connotación negativa en la medida que una empresa goza de dicha posición se le prohíbe realizar determinadas conductas tales como la negativa de trato, ventas atadas, discriminación, contratos de exclusividad, etc., las cuales no están prohibidas a empresas de menor envergadura. De hecho, si son realizadas por este último tipo de empresas, son vistas como una cuestión positiva para el mercado.

Sin embargo, creemos que dicha connotación negativa por parte de la regulación es parte de una mala comprensión de este tipo de conductas, lo cual se debe al errado enfoque teórico tratado anteriormente. Veamos.

Para determinar la posición de dominio por parte de una empresa empleamos criterios como la cuota de mercado. Esta se calcula en función, por lo general, a las ventas de la empresa. Empero, una venta no es otra cosa que dos acciones humanas o una relación de intercambio. Es decir, más cuota de mercado tendrá una empresa que realice más intercambios. Esto es, mientras más eficiente sea una empresa en sus ventas, más cuota de mercado tendrá. Entonces, una alta cuota de mercado no debiera ser vista como algo negativo pues es el premio por parte de los consumidores para una empresa que ha coordinado adecuadamente sus planes individuales o, en otras palabras, satisfecho bien sus necesidades.

Sucede lo mismo con los efectos de red y las economías de escala. Ambos son el resultado de ventas eficientes en el mercado y por lo tanto no deben ser vistas como criterios para determinar

una posición de dominio que es visto como algo negativo. Otro elemento que se considera para determinar la posición de dominio de una empresa es el acceso a las fuentes de financiamiento. No obstante, esta teoría no toma en cuenta que el acceso barato a capital se sustenta en la rentabilidad de una empresa que no es otra cosa que su eficiencia en la atención a consumidores.

Otro aspecto clave que consideramos negativo es la teoría de las barreras a la entrada. Creemos que este concepto no puede ser utilizado como justificación para prohibir a una empresa que realice determinadas conductas empresariales porque una barrera de acceso al mercado, si bien es un elemento que puede dificultar el ingreso, es un obstáculo que debe ser sorteado por todas las empresas, tanto por las incumbentes como por aquellas que recién están por ingresar al mismo.

A diferencia de lo anterior, consideramos que las únicas barreras que sí restringen el mercado de manera injustificada son las barreras legales. Ello porque estas no siempre deben ser sorteadas por todos los agentes en el mercado sino porque otorgan privilegios a determinadas empresas. Además, no pueden ser superadas sino cumpliendo las mismas pues en caso contrario, se estaría cometiendo un acto ilegal.

En suma, creemos que la posición de dominio no puede ser visto como algo negativo a pesar de que genere PES o un beneficio para la empresa pues ello debe ser visto como un incentivo dinámico necesitado para impulsar el motor económico, generando mayor competencia.

Un aspecto neurálgico y que se debe al errado enfoque metodológico es la falta de reglas claras por parte de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. En este punto, criticamos que conceptos como el mercado relevante, la posición de dominio, la aplicación de la regla de la razón, el uso del concepto abuso, así como la definición de las distintas modalidades de abuso, formen parte de una regulación sin embargo no se puede dar una definición o contenido exacto en la legislación. Esta falta de predictibilidad no solo genera un desincentivo al mercado sino que atenta contra principios jurídicos tales como el principio de tipicidad.

- CAPITULO 6: El Origen Histórico de la Regulación de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio.

La primera parte de esta sección está orientada a estudiar los antecedentes legislativos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio en el Perú. La segunda parte, y central, del presente trabajo tiene por finalidad demostrar que el origen de esta regulación nada tiene

que ver con un fin proteccionista de la eficiencia de los mercados o los consumidores. El origen de esta regulación tenía una finalidad mercantilista, pues el senador Sherman fue motivado para la emisión de esta norma por un grupo de empresarios que se vieron superados por las eficiencias generadas por las economías de escala alcanzadas por sus competidores.

De hecho, demostramos que, a pesar de que se acuse a los monopolios de incrementar precios y reducir producción, por la época de la aprobación de la Sherman Act, justamente las empresas acusadas de monopolizar el mercado y motivar esta legislación, estaban haciendo precisamente todo lo contrario, reducir precios y aumentar la producción en una escala sin precedentes.

Para tal efecto, mostramos data estadística, los diálogos de los debates de aprobación de la misma, epístolas dirigidas por el grupo de empresarios favorecidos a los congresistas, etc.



INTRODUCCIÓN

Existen distintos enfoques desde los cuales se pueden plantear argumentos en contra de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. Un primer enfoque está relacionado con una crítica de tipo ético que consiste en afirmar que la libertad, específicamente el derecho a la libertad de empresa así como a la libertad de contratación, son valores más altos que cualquier pérdida de eficiencia social (PES).

Un segundo enfoque está relacionado con la reforma del *new learning*. Al respecto, como mencionamos en el capítulo anterior, el derecho de la libre competencia experimentó un cambio de enfoque gracias a los aportes principalmente de los economistas de Chicago. Dicho enfoque permitió entender que muchas de las conductas que hasta ese momento eran consideradas ilegales tenían una racionalidad económica que justificaba su no sanción (justificaciones basadas en eficiencia). A partir de este *upgrade* académico, se pudo considerar que las conductas de abuso de posición de dominio no eran tan relevantes para el derecho antitrust y más bien las autoridades deben enfocarse en el control de fusiones y los acuerdos horizontales. Sin embargo, no se abandonó la regulación sino que la estructura de mercado resultante de la conducta de abuso de posición de dominio, basada en los modelos de competencia perfecta y monopolio, dejó de tener un papel preponderante en el análisis de la licitud de la conducta, siendo sopesada con las justificaciones basadas en eficiencia.

Adicionales argumentos están relacionados con la teoría del *public choice* y la captura del regulador. No obstante, estas no niegan la teoría de la PES derivada de las conductas de abuso de posición de dominio sino que sostienen que la regulación puede generar efectos colaterales que pueden ser más perjudiciales.

Sin embargo, desde ninguno de estos enfoques se niega la veracidad de los fundamentos teóricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

Existe otro enfoque crítico que sí está relacionado con un cuestionamiento a los fundamentos económicos que sustentan la política de libre competencia y, en particular, a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio y su aplicación, el cual sustentaremos.

CAPÍTULO 1: LA REGULACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El presente capítulo tiene por objeto estudiar los fundamentos teóricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio en el derecho peruano de la libre competencia. Para tal efecto, nos basaremos en la legislación pertinente, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más relevante. Cabe precisar que no pretendemos realizar un tratado exhaustivo sobre la materia. En ese sentido, consideraremos los aspectos jurídicos y económicos pertinentes que guardan relación con la crítica que es objeto del presente trabajo de investigación.

La regulación de las conductas de abuso de posición de dominio forma parte de la política de libre competencia. Como toda política económica, la de libre competencia se sustenta en una teoría económica y jurídica que justifica su implementación y diseño, dotándola de racionalidad. Especialmente, en la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, los fundamentos teóricos económicos dotan de contenido a los conceptos jurídicos que forman parte de esta. En esta línea, Cabanellas (2005) sostiene, por ejemplo, que conceptos como “distorsionar la competencia” o “perjudicar el interés económico general” hacen referencia implícita a un modelo teórico de lo que debe ser la competencia o el interés económico general, que no es elaborado por las ciencias jurídicas si no por las económicas. Ciertamente, definir qué constituye una conducta que limite, restrinja o distorsione la competencia no surge directamente de la observación de las conductas a ser calificadas, sino que deben ser determinados sobre la base de principios económicos explicativos del comportamiento de los mercados (Cabanellas, 2005).

Es decir, **la teoría económica fundamenta cuándo una conducta empresarial constituye un abuso de posición de dominio y, por ende, debe sancionarse.**

1.1 Fundamentos Teóricos de la Política de Libre Competencia

La regulación de las conductas de abuso de posición de dominio es muy similar en los países que tienen implementada una política de libre competencia. Ello se debe a que la mayoría de ordenamientos comparten los mismos fundamentos teóricos, los cuales han sido desarrollados principalmente por economistas de las universidades de Harvard y Chicago.

Los trabajos de los economistas de Harvard contribuyeron a la formación de la política de libre competencia gracias a los aportes de la Organización Industrial. Esta rama de la economía desarrolló como uno de sus principales paradigmas económicos, el denominado “Estructura –

Conducta - Desempeño” (en adelante, el paradigma ECD). De acuerdo con este paradigma, existe una ligazón hipotética entre estos tres conceptos que consiste en que la *estructura* de un mercado (número de vendedores, barreras a la entrada, etc.) explica o determina la mayoría de *conductas* de los agentes en dicho mercado y, en ese sentido, el *desempeño* del mismo es una simple evaluación de los resultados de la conducta (eficiencia, progreso técnico, etc.) (Viscusi, Vernon, y Harrington, 1995). En otras palabras, la estructura es determinante básica de la conducta de los agentes y del desempeño económico del mercado. Con este paradigma, se estudia el performance del mercado.

Existen dos modelos de equilibrio parcial¹ que se estudian a partir del paradigma ECD, a través de los cuales se estudia el mercado: el de equilibrio o modelo de competencia perfecta y el de optimización o modelo de monopolio. Como se verá en los siguientes puntos, **ambos modelos ponen especial énfasis en la estructura de un mercado resultante de una conducta pues de esta estructura depende el desempeño de mercado. Por esta razón, de la estructura resultante dependerá la receta política a determinar.** Por ejemplo, este paradigma justifica la implementación del control de fusiones y concentraciones pues pondera más la estructura de mercado resultante de una fusión (mercado más concentrado).

Por otro lado, los aportes de economistas de Chicago, sin alejarse mucho de los enfoques de equilibrio, ponen énfasis en las eficiencias que puede generar un mercado y no en la estructura de este. En efecto, argumentaron que determinada estructura económica, si bien puede generar efectos negativos, también pueden generar eficiencias económicas para los consumidores. Por esta razón, consideran que si bien los monopolios son posibles, sus efectos no son tan importantes como se cree (Fernández-Baca, 2006). En esa línea, Demsetz (1973) y Brozen (1974) argumentaron que el incremento de la concentración de mercado (estructura) no estaba necesariamente asociado con la ineficiencia o ganancias monopólicas sino que podría conducir a incrementar la eficiencia en el mercado que beneficie a los consumidores. Por ejemplo, una concentración económica podría generar economías de escala las cuales se pueden trasladar beneficiosamente a los consumidores a través de precios más bajos.

Estas dos aproximaciones de estudio del mercado, como veremos en los siguientes puntos, dan forma a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio pues esta tiene por objeto, de un lado, que no se generen conductas de agentes económicos que tengan por efecto

¹ El enfoque de equilibrio parcial significa que se asume que lo que pasa en un mercado determinado tiene efectos importantes en dicho mercado pero efectos despreciables en otros mercados.

que el mercado tenga una estructura más parecida a una monopólica y, de otro lado, permite a la agencia de competencia evaluar las eficiencias económica que dicha conducta pueda generar, a pesar de tener como resultado el alejamiento de un modelo de competencia perfecta.

A. El Modelo de Competencia Perfecta

El modelo de competencia perfecta es un modelo de mercado único (todo el capital está invertido) donde todos los agentes (empresas perfectamente competitivas) venden un producto homogéneo y, en consecuencia, son precio-aceptantes puesto que son tan pequeñas en relación con su mercado que no pueden influir en el precio y simplemente lo consideran dado (Samuelson y Nordhaus, 2010). En esa línea, Mankiw (2002) señala que “los mercados perfectamente competitivos tienen dos características principales: (1) los bienes que se ofrecen en venta son todos iguales y (2) los compradores y los vendedores son tan numerosos que ningún comprador ni ningún vendedor puede influir en el precio de mercado”.

Para analizar cómo funciona la competencia perfecta, debemos partir de las empresas que operan en este modelo (Coloma, 2002). Así, la demanda total y la demanda que enfrenta una empresa individual en competencia perfecta son como se describen a continuación:

Gráfico 1

Mercado en competencia perfecta

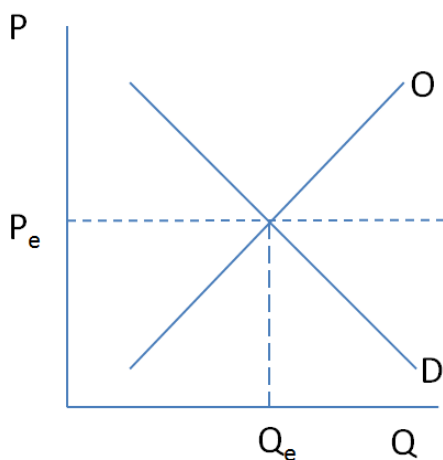
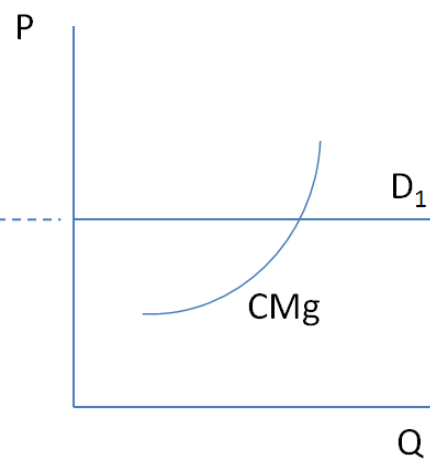


Gráfico 2

Empresa individual en competencia perfecta



En el Gráfico 1 se observa un modelo de mercado en competencia perfecta en donde la intersección de las curvas de oferta O y demanda D determinan un precio en equilibrio P_e y una cantidad en equilibrio Q_e . Al respecto, Cooter y Ulen (1998) sostienen que en P_e y Q_e el mercado se vacía y que en esa combinación de precio y cantidad las decisiones de los consumidores y proveedores son congruentes.

En el Gráfico 2 observamos la demanda D_1 que una empresa individual en un mercado en competencia perfecta enfrenta. La porción de curva de la demanda de una empresa competitiva es tan pequeña que es totalmente horizontal o perfectamente elástica (Samuelson y Nordhaus, 2010). Ello, puesto que la empresa perfectamente competitiva, al ser tomadora de precios, no importa cuánto aumente su producción, no podrá influir en el precio (P es constante).

La empresa en competencia perfecta podría obtener ingresos adicionales de producir unidades adicionales siempre que el ingreso por la última unidad producida IMg sea superior a su costo CMg . No obstante, considerando que las empresas son racionales –presupuesto básico en estos modelos de mercado–, estas producirán hasta que el CMg sea igual al P_e pues de otro modo estaría a pérdida. En este punto, el IMg , CMg y P_e son iguales. Ello significa que la cantidad ofertada por cada empresa está determinada por sus costos marginales. Además, la cantidad total ofertada será igual a la suma de todas las cantidades ofertadas por las empresas perfectamente competitivas Q_e (Samuelson y Nordhaus, 2010).

Las principales condiciones para que se dé un mercado en competencia perfecta son: elevado número de ofertantes y demandantes, producto homogéneo, información perfecta (respecto del precio y cantidad necesaria en el mercado, condiciones de demanda, preferencia de consumidores, etc.), libertad de entrada y salida de bienes, no costos de transacción y agentes económicos racionales (*homo economicus*). Sólo de esta manera se podrá dar el P_e .

B. Eficiencia en el Mercado en Competencia Perfecta

A partir del modelo de competencia perfecta se erige la teoría que sustenta la prohibición de las conductas de abuso de posición de dominio. Esta teoría es la eficiencia en el sentido de Pareto. Al respecto, se señala que una situación es eficiente en el sentido de Pareto cuando no se puede mejorar la situación de una persona sin empeorar la de otra, lo cual se produce únicamente en un

Como se aprecia, en P_e se maximizan el excedente del consumidor y del productor y, en consecuencia, se maximiza el excedente total del mercado. Es en esta situación donde se produce una situación óptima en el sentido de Pareto pues no se puede mejorar la situación de un consumidor sin empeorar la de un productor y viceversa, habiéndose hallado la máxima eficiencia; y es por ello que es deseable esta situación como política económica.

En efecto, del Gráfico 3, asumamos que se produce Q_1 y se vende al precio Q_1F . En Q_1 , la disposición a pagar de los consumidores por la cantidad Q_1F excede el costo marginal Q_1H . Se debe notar que en Q_1 el excedente del consumidor y el excedente de producción solo representan las áreas $AFGP_e$ y P_eGHC . En tal sentido, si incrementamos la producción en ΔQ se aprecia que el excedente del consumidor y el excedente de producción se incrementan en el área sombreada ($FH\Delta Q$). Así, para maximizar el excedente total del mercado se debe incrementar la producción desde Q_1 hasta Q_e , añadiendo con esto un incremento del excedente constituido por el área FHD . A su vez, queda claro que incrementos en la producción más allá que Q_e reducirían la oferta pues el CMg excedería la disposición a pagar marginal de los consumidores. De esta manera, en el punto de intersección P_e y Q_e (donde el CMg es también igual al P_e) se maximiza el excedente total del mercado.

Debemos notar que Q menores a Q_e genera que se pierda potencial del excedente del consumidor pues con producciones mayores existirán precios más bajos que los consumidores estarían dispuestos a pagar. También se pierde parte del potencial de producción pues con Q mayores existirían todavía niveles de precios superiores a costos, esto es, mayores niveles de producción para los oferentes. Si Q es mayor a Q_e , se reduce el excedente del productor pues los costos de la mayor producción son superiores al precio al que puede colocarse esa producción (Cabanellas, 2005).

Así, **Q_e es eficiente en el sentido de Pareto pues no se puede mejorar la situación de ningún agente sin empeorar la de otro dado que se maximizan las ganancias de los oferentes y al mismo tiempo la utilidad de los compradores, lo cual sólo ocurre en condiciones de equilibrio de mercado competitivo** (Stordeur, 2011). En esa línea, Viscusi et Al. (1995), sostienen que dicho equilibrio no puede ser remplazo por algún otro que incremente el bienestar de algunos consumidores sin dañar a otros. Por su parte, Coloma (2002) precisa que la eficiencia en el sentido de Pareto se relaciona con un mercado de equilibrio en la cual la suma de los beneficios y los consumidores se hace máxima. De igual manera, Stiglitz (2000) sostiene que para que un mercado

sea eficiente en el sentido de Pareto tiene que haber competencia perfecta. Como se puede apreciar, existe coincidencia en la doctrina en que el modelo de competencia perfecta es eficiente en el sentido de Pareto².

Ahora bien, la eficiencia en el sentido de Pareto que se produce en competencia perfecta se puede enfocar de las siguientes maneras (Stiglitz, 2000):

- Eficiencia en el intercambio: Significa que dado el conjunto de bienes en una economía, no es posible mejorar el bienestar de alguien sin empeorar el de otra; exige que todos hayan ya realizado los intercambios posibles que mejoren cada bienestar individual.
- Eficiencia en la producción: Significa que, dado el conjunto de recursos, la economía no pueda producir una cantidad mayor de un bien sin reducir la producción de algún otro; la economía debe encontrarse en su curva de posibilidades de producción.
- Eficiencia en la combinación de productos: Considerando que el Q_e es la cantidad que vacía el mercado, con un P_e dado y un único producto, es cuestión de técnica encontrar la intersección de las fronteras de posibilidades de utilidad y de posibilidades de producción.

Esta teoría de la eficiencia de Pareto en el modelo en competencia perfecta es la razón por la cual se afirma que, si bien dicho modelo no es real, la política de libre competencia debe apuntar a que el mercado se asemeje a dicho paradigma. Por ello, Coote y Ulen (1998) sostienen que el equilibrio general, el cual se consigue bajo las condiciones de un mercado perfectamente competitivo, es un resultado deseable.

Por este motivo, la política de libre competencia tiene como una de sus metas evitar conductas de abuso de posición de dominio pues el efecto de estas es alejar el mercado de dicho paradigma eficiente.

C. Poder Monopólico o de Mercado

La antítesis de un mercado en competencia perfecta es un mercado en monopolio. Ahora bien, en general, en los mercados reales no existen monopolios –salvo los monopolios legales- sino

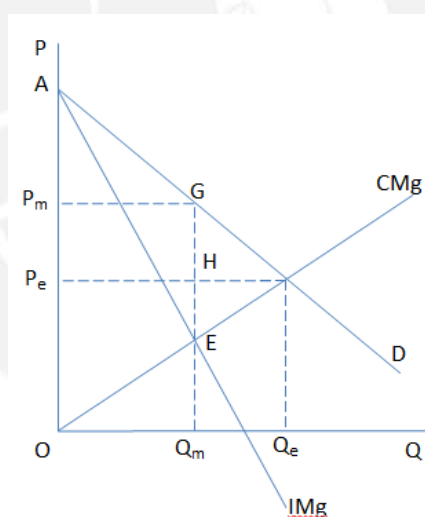
² A mayor abundamiento, Robles (2001) sostiene que para que el mecanismo del mercado sea plenamente eficiente, es decir, se produzcan, dentro de una frontera de posibilidades de producción, todos los bienes y en la proporción que la sociedad desea- es necesario que exista una situación de competencia perfecta

empresas que gozan de poder mercado u ostentan una posición de dominio, siendo el mercado en monopolio un modelo donde una empresa ejerce poder de mercado en su máxima expresión. Por ello, las consecuencias de un mercado con una estructura de dominancia puede ser estudiado a partir de un modelo de monopolio.

Para que un monopolio se presente, se requieren ciertas condiciones específicas, además de la existencia de un único proveedor, tales como la inexistencia de bienes sustitutos que satisfagan la demanda de los consumidores y la presencia de barreras de entrada al mercado que impidan la aparición en el corto plazo de opciones para los consumidores (Bullard, 2009). También en este modelo, se parte de la premisa que la empresa es maximizadora de utilidad *–homo economicus–*.

A continuación, siguiendo a Samuelson y Nordhaus (2010), analizaremos el equilibrio (u optimización) de una empresa monopólica:

Gráfico 4
Equilibrio en el modelo de monopolio



Del gráfico podemos anotar lo siguiente (Samuelson y Nordhaus, 2010):

- El monopolista enfrenta una curva de demanda con pendiente negativa³.
- Su oferta está determinada por su costo marginal (produce según sus costos).
- Su curva de IMg es de pendiente negativa, es decir, su ingreso disminuye a medida que aumenta el número de unidades vendidas. No obstante, se encuentra por debajo de la curva de demanda (Cooter y Ulen, 1998).

La optimización, es decir, el punto de utilidad máxima del monopolista se da en el nivel de producción en el cual el $CMg = IMg$. Es decir, se produce hasta el punto Q_m . Considerando Q_m , el monopolista podrá cobrar hasta donde su demanda se lo permita, es decir hasta el punto G a un precio P_m . En este punto, el agente tiene una utilidad positiva representada por el área $(G-E) \cdot Q_m$ y, de hecho, podrá producir en este punto pues el control exclusivo de la venta de un determinado bien o servicio que tiene el agente monopólico le da capacidad para fijar el precio de mercado y obtener ganancias supra normales hasta donde su poder monopólico o posición de dominio lo permite (Fernandez-Baca, 2006).

A la luz de lo anterior, podemos afirmar que los fenómenos que ocurren en un mercado en monopolio pueden interpretarse como el resultado de las decisiones de la empresa dominante, sobre precios y cantidades y, por lo tanto, pueden estudiarse a través de modelos de optimización de la conducta de esa empresa, en los cuales los comportamientos de los demás agentes económicos aparecen como simples restricciones a dicha optimización (Coloma, 2002).

Ello es importante porque justifica la persecución de las conductas de abuso de posición de dominio por parte de la política de libre competencia, debido a los efectos negativos que generan sobre el mercado en general. A continuación explicamos este punto.

D. Ineficiencia Derivada de la Posición de Dominio: Pérdida de Eficiencia Social

Un mercado en monopolio o con un agente con posición de dominio genera lo que se denomina Pérdida de Eficiencia Social o triángulo de Harberger (PES). Para explicar el concepto de la PES vamos a emplear dos gráficos trabajados por Fernández-Baca (2006):

³ Cabe recordar que en el mercado en competencia perfecta, la empresa era precio aceptante y en consecuencia su curva de demanda era horizontal o infinitamente inelástica.

A partir de ahí que la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio exista y apunte a evitar conductas que asemejen el mercado a uno en monopolio y, más bien, se asemeje a uno en competencia perfecta debido a las eficiencias que se generan en este.

Efectivamente, desde el punto de vista de la eficiencia, se puede demostrar que un mercado en monopolio es inferior a uno de competencia perfecta y es en razón de ello que los economistas lo han rechazado (Sykes, 1999).

Muchos autores coinciden en esta visión del monopolio y de la competencia perfecta. Por ejemplo, Posner (1975) sostiene que cuando el precio de mercado se eleva sobre el nivel competitivo, los consumidores que siguen comprando los productos del vendedor al nuevo alto nivel sufren una pérdida que compensa exactamente al beneficio adicional que el vendedor obtiene en el nivel alto (William, 1977). No obstante, aquellos que dejan de adquirir el producto sufren una pérdida que no es compensada por ninguna ganancia de los vendedores. Esto es la PES de una fijación de precios supra competitiva. Además, agrega que la existencia de una oportunidad de obtener ganancias monopólicas atrae recursos hacia esfuerzos para obtener monopolios y el costo de oportunidad de tales recursos también constituye un costo social del monopolio o PES.

En esa misma línea, Bullard (2009) señala que es claro que los monopolios pueden generar un costo social. En efecto, en la medida en que el monopolista es un vendedor que puede elevar el precio de su producto en el mercado restringiendo la oferta, un grupo de consumidores, que valoriza el bien en un monto superior al de su costo de producción, no va a poder adquirirlo a precio monopólico. A diferencia, la competencia perfecta conduce a que el precio de los bienes refleje el costo de producirlos. El monopolio podría alejarnos de esa meta y con ello reducir la producción y elevar los precios. Por ello se argumenta que “sólo una economía que opera en condiciones de competencia perfecta puede lograr una óptima distribución de los recursos de la sociedad entre las distintas actividades económicas” (Cabanellas, 2005).

Por su parte, Conrath (1998, p. 28) sostiene:

En general un monopolio producirá menos y venderá a precios más altos que firmas competidoras. ¿Por qué? Porque el monopolista puede obtener más utilidades de esa forma. Esto parece obvio, pero vale la pena mencionar las razones de porqué esto es cierto. Si un producto se vuelve más costoso, menos personas estarán dispuestas a comprarlo. Lo opuesto también es cierto. Este principio fundamental es la fuente de incentivo del monopolista para producir menos.

Además, es importante señalar la restricción de la producción que produce el monopolista o empresa dominante debe entenderse en un sentido amplio. Es decir, la restricción de la producción no es únicamente una reducción en la cantidad producida sino que el costo social del monopolio o la posición de dominio también puede desarrollarse como una reducción de la calidad o de las alternativas disponibles para el consumidor. Ello no ocurre cuando sí existe competencia pues en este escenario las empresas tienen incentivos para ofrecer mayores alternativas a los consumidores y bienes y servicios de mejor calidad (Conrath, 1998). En la misma línea, argumenta Cabanellas (2005, p. 159):

(...) en un mercado no competitivo los consumidores pierden no sólo porque no se produce ni consume una cierta cantidad de producción que hubiera sido económicamente viable en condiciones de competencia perfecta, sino también porque lo que sí se produce y consume tiene un precio superior al que hubiera tenido en competencia perfecta.

Por todo lo anterior, el monopolio, o en general, el poder de mercado, se considera como una situación o fallo de mercado que la política económica debe combatir y el abuso de posición de dominio es un medio para tal efecto.

E. La Política de Libre Competencia como Mecanismo Corrector

Existe amplio consenso por parte de los economistas en que cuando existen fallos de mercado, el Estado debe intervenir para corregirlos⁴. Es en ese sentido que **la política de libre competencia, en particular, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, constituye un mecanismo de política pública que puede verse como alternativa para resolver las distorsiones generadas a consecuencia del ejercicio del poder de mercado por parte de las empresas** (Coloma et al, 2006).

⁴ A modo de ejemplo:

- Estos casos de fallas de mercado constituyen una de las principales motivaciones económicas para la injerencia del Estado en los mercados. (Stordeur, 2011).
- Hay seis importantes condiciones en la que los mercados no son eficientes en el sentido de Pareto. Se denominan fallos de mercado y constituyen un argumento a favor de la intervención del Estado. (Stiglitz, 2000).
- La economía positiva no puede indicar qué medidas deben tomar los gobiernos para corregir las desigualdades y las ineficiencias del mercado. Son preguntas normativas que se responden en forma adecuada en el debate político y en las urnas. Pero la economía puede proporcionar conocimientos valiosos respecto a los méritos de intervenciones alternas para que sea posible alcanzar las metas de una sociedad moderna en la forma más eficaz posible. (Samuelson y Nordhaus, 2010).

La razón de ello es que la política de competencia busca que en el mercado se logre una correcta asignación de recursos, el cual se genera en un mercado en competencia perfecta a diferencia de uno en monopolio donde se genera PES.

En esa línea, Cabanellas (2005) sostiene:

(...) la finalidad de la legislación de la defensa de competencia es tenerla como un medio para lograr una asignación racional de recursos. Esto está relacionado con la eficiencia asignativa que se logra con el modelo de competencia perfecta. (...) la demostración más frecuente de los efectos favorables de la legislación regulatoria de la competencia sobre la asignación de los factores productivos de una comunidad se basa en la evaluación de las consecuencias de los monopolios sobre tal asignación.

Es importante señalar que resulta así, a pesar de que los modelos sean irreales. Por ello, el mismo autor sostiene:

En la realidad económica, los mercados en condiciones de competencia perfecta y los mercados monopólicos constituyen situaciones extremas que rara vez se configuran efectivamente. Sin embargo, se los utiliza como modelos para analizar las consecuencias de las conductas anticompetitivas debido a la relativa simplicidad de su funcionamiento (Cabanellas, 2005, p. 156).

Es decir, **si bien no es posible lograr un mercado en competencia perfecta, el Estado debe procurar que el mercado se desenvuelva lo más parecido a dicho paradigma, prohibiendo conductas cuyo efecto sea la estructuración de un mercado monopólico, como las conductas de abuso de posición de dominio, pues así se promueve la eficiencia económica lo cual aumenta el bienestar del consumidor.**

En esta línea, Bork (1967) refiere al rol de la política de libre competencia:

El bienestar del consumidor es mayor cuando los recursos económicos de la sociedad son asignados de tal manera que los consumidores están en posibilidad de satisfacer sus necesidades de manera tan completa como lo permitan las limitaciones tecnológicas. El bienestar del consumidor, en ese sentido, es simplemente otro término para la riqueza de la nación.

(...)

El rol de las normas antimonopolios reposa entonces en la etapa del proceso económico en la que la producción y la distribución de bienes y servicios son organizados de aquella manera que corresponde con la escala de valores que los consumidores eligen por su preferencia relativa a comprar. La misión de la ley es preservar, mejorar y reforzar el poderoso mecanismo económico que compele a las empresas a responder a los consumidores.

En igual perspectiva, Cooter y Ulen (1998) sostienen que la legislación de competencia tiene por objeto sustituir el monopolio por la competencia donde quiera que ello sea posible. Por ello es que si se produce una actuación de un agente económico que esté reñida con los criterios de eficiencia esbozados, el Estado debe intervenir aplicando la legislación de competencia (Quintana, 2003).

Así, la política de libre competencia y, en particular, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio surgen para corregir esta distorsión que se presenta sobre la eficiencia en el intercambio, en la producción y en la combinación de productos.

F. Enfoque Estructuralista + Enfoque Eficientista

Gracias a los aportes de los economistas de Chicago, el paradigma estructuralista ECD de la política de libre competencia fue complementado con un enfoque de tipo eficientista (Robles, 2001). Este enfoque consiste en considerar en el análisis de una estructura de mercado, resultado de un incremento de la posición de dominio la empresa, el análisis de cuál es el impacto que dicha conducta genera sobre el bienestar de los consumidores, haciendo un balance de los resultados de ambos análisis.

Es decir, si determinada conducta empresarial tiene como resultado una estructura de mercado que se asemeje más a un modelo de monopolio, esto será analizado a la luz del hecho que se puedan

trasladar mejoras o eficiencias al consumidor. Por ejemplo, cuando, a partir de una conducta, cuyo efecto es desplazar o excluir competidores, se generan economías de escala que se traducen en una reducción de precios frente al consumidor, mejora de la calidad de productos, protección de la marca, mejora de la calidad, etcétera. Situaciones como estas, son balanceadas con el incremento de la cuota de mercado y, en consecuencia, es factible que tales las conductas con tales efectos no sean sancionadas por la política de libre competencia. Ello pues, de otro modo, los perjudicados serían los propios consumidores. Esto es, se reconoce que si bien los monopolios o casos de aumento de posición de dominio generan PES, la ciencia económica también reconoce que en determinados casos, tales estructuras de mercado presentan ciertas ventajas sobre el mercado y, en particular, respecto del consumidor, las cuales son consideradas como “justificaciones basadas en eficiencia económica”.

Por eso, se traza ahora como un objetivo directo de la política de libre competencia el bienestar del consumidor, no sólo derivado de la corrección de la PES sino derivado, incluso, de un incremento de este. En virtud de ello, se sostiene que el desarrollo y aplicación de la política de libre competencia está relacionada con la manera en que las empresas ejercen monopolio o poder de mercado desde un punto de vista de protección al consumidor. En esa misma línea, Bullard (2009) sostiene, matizando la importancia del enfoque estructuralista: “lo que entonces nos debe preocupar, antes que el monopolio en sí, son los medios por los cuales se alcanza una mayor participación de mercado, de un lado, y los posibles abuso que, una vez alcanzada una posición dominante en el mercado puedan cometerse”.

Asimismo, Viscusi et al (1995) sostienen:

The problem is, of course, to distinguish dominant firm situations built upon and maintained by superior efficiency from those achieved and maintained by, for example, predatory tactics. That is, if a firm is able to win the entire market through its lower cost performance (or superior product); this is what society should want. Hence, such performance should not be discouraged by antitrust penalties (Viscusi et al, 1995, p 265).

Como se puede apreciar, se reconoce que el enfoque exclusivamente estructuralista no permite un buen entendimiento de las conductas empresariales. Ello es debido a lo irreal que son los mercados en competencia perfecta y monopolio, por lo que los economistas de la Organización Industrial han

reconocido que en realidad es suficiente mantener “cierto grado de competencia” que produzca resultados similares que el modelo de competencia perfecta (Robles, 2001).

Es en virtud de lo anterior, la razón por la cual actualmente la política de libre competencia considera que un mercado competitivo al cual se debe apuntar es uno que se caracteriza porque existe **competencia efectiva**. Esta, si bien no es competencia perfecta, genera que los oferentes se vean obligados a introducir permanentemente innovaciones productivas, mejoras tecnológicas u otro tipo de beneficios al consumidor, tal como ocurriría en un mercado de competencia perfecta, con el fin de poder continuar siendo viables en el mercado (Cabanellas, 2005).

En esa línea se sostiene:

ya ha sido observado que la Legislación antitrust no pretende imponer el cumplimiento de las condiciones de mercado propias de la competencia perfecta, sino asegurar ciertas características mínimas del funcionamiento de los mercados competitivos y prevenir conductas tendiendo a imponer estructuras que impidan o dificulten una competencia efectiva en determinado sector (Cabanellas, 2005, p. 54).

De esta manera, la actual atención de la política de libre competencia, incluyendo la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, pone especial énfasis no solo en la estructura de mercado resultante de una conducta de un dominante que tenga por objeto excluir a competidores sino en los comportamientos que creen barreras artificiales impidiendo la competencia efectiva, como por ejemplo, negativas injustificadas, distribución exclusiva, etc. (Robles, 2001), **que no presenten justificaciones basadas en eficiencia.**

En el siguiente punto estudiaremos cómo se ha desarrollado, sobre la base de los fundamentos teóricos expuestos, la política de regulación de las conductas de abuso de posición de dominio en el Perú.

1.2 La Política De Libre Competencia En El Perú

En los acápites anteriores hemos estudiado cuál es la justificación de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. La forma como se ha desarrollado esta regulación es más o menos uniforme en todas los países que tienen implementada una política de libre competencia. Ello

porque si bien a nivel jurisprudencial se han desarrollado distintos criterios, los fundamentos teóricos son los mismos.

Actualmente, podemos sostener que existe un acuerdo mayoritario respecto de que la política de libre competencia tiene por objeto tutelar la eficiencia económica en el mercado y el bienestar del consumidor según los fundamentos económicos desarrollados (esto es, la corrección de la PES y el análisis de eficiencias frente al consumidor).

En el Perú, siguiendo esta línea, la finalidad de la política de libre competencia, de conformidad con el artículo 1 del Decreto Legislativo 1034, es “prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con objeto de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”.

Al respecto, Bullard (2009, p. 940) sostiene:

En sus inicios la autoridad de competencia peruana fue clara en definir, en base al marco conceptual anteriormente descrito, los fines de la legislación. Así se ha descartado aquellas interpretaciones que sugieren que el objetivo era proteger a las pequeñas empresas, garantizándoles o al menos apoyando su subsistencia ante el riesgo de que se consoliden grandes conglomerados económicos que concentrarán un excesivo poder económico.

(...)

La autoridad peruana consideró que el objetivo real es el bienestar del consumidor a través de la eficiencia económica.

En la misma línea, Olaechea sostiene que el objetivo de una agencia de competencia debe ser “proteger el proceso competitivo, que éste redunde en un desempeño eficiente de los mercados (bajos costos, bajos precios, nuevos productos, etc.) y que esto a su vez redunde en el bienestar de los consumidores” (Chávez, 2007).

Estudiemos la finalidad de la política de libre competencia en el Perú a fin de analizar su vinculación con los fundamentos teóricos estudiados anteriormente:

- Prohibir y sancionar. Este aspecto está referido a la función disuasoria de la agencia de competencia respecto de determinado tipo de actos realizados por los agentes económicos.

Es importante mencionar que, de acuerdo con los fundamentos económicos expuestos, la agencia de competencia aplica la política de libre competencia como una entidad técnica e imparcial. Actuar de otro modo, por ejemplo, otorgando privilegios a la industria nacional o responder a otro tipo de intereses particulares, podría causar como efecto un perjuicio a los consumidores. En esa línea, Quintana (2003) sostiene que un sistema económico requiere también de una actuación estatal autónoma y técnica, que no fuerce o determine resultados específicos, sino que deje ello a los agentes económicos. Además, en referencia a la imparcialidad, el rol del Estado frente al mercado se asemeja al del árbitro de una competencia deportiva (Bullard, 2009, pp. 925).

- Las conductas anticompetitivas. Es una categoría general cuyo contenido es dado por la teoría económica que hemos estudiado. Estas conductas son aquellas que asemejan el mercado a una estructura de modelo de monopolio o de incremento del poder de mercado. De acuerdo con en el Decreto Legislativo 1034, se agrupan en dos grandes categorías: las conductas de abuso de posición de dominio y prácticas concertadas. Ejemplos de conductas de abuso de posición de dominio son la negativa injustificada, la discriminación de competidores, la venta atada, el acuerdo de exclusividad, el abuso de procesos legales, etc.

Según Olaechea, “Prohibir y sancionar conductas anticompetitivas” por parte de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI es una labor sumamente importancia para la vida económica del país. A través de sus decisiones puede corregir distorsiones en el funcionamiento de los diversos mercados de la economía, introducidas a partir de conductas abusivas o restrictivas de las empresas (Chávez, 2007).

- Con el fin de promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores. La eficiencia económica se sustenta en la teoría de la eficiencia de Pareto, así como en el enfoque eficientista. Es decir, de un lado, la agencia de

competencia evalúa la estructura de mercado resultante de una presunta conducta de abuso de posición de dominio y frente a ello hace un balance con las eficiencias generadas en beneficio del consumidor: como mejor calidad, mejor distribución, economías de escala, etc. Este balance es similar al análisis costo-beneficio de la conducta, salvo en los casos que se trate de una práctica concertada en la que prima el enfoque estructuralista.

Ahora bien, el diseño de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio ha sido desarrollado sobre la base de conceptos jurídicos, los cuales son pasibles de medición empírica y permiten la incorporación de un set de variables más rico (Viscusi et al, 1995). Estos conceptos y variables han sido dotados de contenido por los economistas con la finalidad de hacer de la política una herramienta más útil para analizar los mercados reales y dotar de aplicabilidad a la política.

Así, se han desarrollado algunos criterios, tales como barreras a la entrada, concentración de mercado, eficiencia, el propio concepto de abuso de posición de dominio, etc., que conforman y, a su vez, han permitido la aplicación de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. En el siguiente punto trataremos cómo se ha diseñado la regulación en el Perú.

A. La Regulación de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio en el Perú

El artículo 10 del Decreto Legislativo 1034 define a las conductas de abuso de posición de dominio en los siguientes términos:

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta **posición dominante en el mercado relevante utiliza** esta posición para **restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales**, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;

e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;

g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

(...).

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

(Resaltado propio)

Como objeto de analizar en detalle la regulación, podemos analizar cada uno de sus componentes.

De acuerdo con lo anterior, para que se configure una conducta de abuso de posición de dominio es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que la empresa ostente posición de dominio;
- b) Que la conducta tenga efectos negativos sobre la competencia y carezca de justificaciones.

A continuación, desarrollaremos cada uno de los puntos.

a) **La Existencia de Posición de Dominio**

La necesidad de que exista una posición de dominio en el mercado significa que debe existir poder de mercado por parte de una empresa en el mercado. Esta exigencia se fundamenta en el paradigma ECD pues equivale a considerar que la posición de dominio, como estructura de mercado, condiciona el performance de la conducta.

En otras palabras, se entiende que **únicamente** en los mercados que presenten este tipo de estructuras (con un agente con poder de mercado) y se realicen determinado tipo de conductas (las abusivas) se producirá un tipo de desempeño (efectos negativos a la competencia) el cual justificará la intervención por parte de la agencia de competencia. Cuando se determina que la empresa denunciada no ostenta posición de dominio, se desestima la denuncia sin analizar los otros requisitos.

En esa línea, Robles (2001) sostiene:

“Cuando la estructura de mercado es tal que ninguna empresa disfruta de tal apreciable grado de poder, no es necesario preocuparse por el comportamiento de éstas, puesto que la existencia de una competencia efectiva impide que puedan perjudicar a los consumidores. Por ello, la posición de dominio opera como un filtro que simplifica la aplicación de las normas antitrust (Robles, 2001, pp. 94).

En cuanto a la definición de posición de dominio, el artículo 7 del Decreto Legislativo 1034 señala:

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

Como se observa, para identificar si la empresa ostenta posición de dominio, necesitamos definir previamente un mercado relevante en el cual se identifique dicha posición. En esa línea, Conrath (1998) sostiene: “La razón para definir el mercado (o mercados) es determinar qué competencia podría ser afectada por la práctica. La competencia puede ser analizada únicamente en un mercado. En particular, es obviamente esencial definir un mercado, con el fin de decidir si una firma tiene posición dominante”.

- Mercado relevante

La definición de mercado relevante sirve para que los modelos de mercado en competencia perfecta y de monopolio sean aplicables a la realidad pues es necesario que el mercado tenga fronteras claramente definidas de manera que los recursos o productos provenientes de otras áreas puedan ser aislados del modelo y así analizar los niveles de eficiencia en el mercado.

El mercado relevante está constituido por aquellos bienes y/o servicios que pueden considerarse que compiten con los de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y por el espacio geográfico en el que se da dicha competencia (Bullard, 2009). Como vimos, el mercado relevante

está constituido por un mercado de producto relevante (bienes y/servicios) y un mercado geográfico relevante⁵:

- ***Mercado de producto relevante***

El numeral 6.2 del artículo 6 del Decreto Legislativo 1034, establece que el mercado de producto relevante es el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Asimismo, señala que para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

Para identificar el mercado de producto relevante, se parte del bien o servicio que es objeto de la conducta y que es brindado por la empresa denunciada. Una vez identificado, se van incluyendo al mercado relevante todos aquellos bienes o servicios que pueden ser considerados por el consumidor como sustitutos según los criterios establecidos por la norma.

Otra herramienta que mide el grado de sustitución entre productos, de tipo cualitativo, es la elasticidad cruzada. La elasticidad cruzada mide la respuesta de la demanda para un bien ante el cambio en el precio de otro bien y se mide como el cambio porcentual en la demanda para el primer bien que ocurre en respuesta a un cambio porcentual en el precio del segundo bien. Si el cociente de “%Cambio Q del Producto A / %Cambio P Producto B” es alto y positivo implica que los productos considerados son sustitutivos. Si el resultado es bajo y negativo implica que son complementarios, ya que un alza en el precio de A llevaría a una caída en la demanda de ese producto, y con ella de la correspondiente al bien B. Tal es el caso de los autos y las llantas (Cabanellas, 2005).

En muchos casos, la información de precios y cantidades no está disponible o su obtención puede ser costosa para la agencia de competencia. En estos casos, el análisis es más cualitativo que cuantitativo. Se parte de preguntas: ¿Qué es lógicamente un sustituto? ¿Cuál tiene características similares? ¿Qué es técnicamente posible sustituir? ¿Qué han usado las personas en el pasado? ¿Qué usan las personas en otras regiones o en otros

⁵ Al respecto, el artículo 6.1 del Decreto Legislativo 1034 sostiene expresamente: “El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico”.

países? ¿Cuánto más cuestan todas esas alternativas?, etc. (Conrath, 1998). Existen dos enfoques de tipo cuantitativo para evaluar la sustitución y que están reconocidos en nuestra legislación. De un lado, el enfoque americano, desde cuya perspectiva, la agencia de competencia se realiza la siguiente pregunta: Si existiera un pequeño pero significativo incremento en el precio de un producto (test SNIPP), ¿A qué otros productos cambiarían los clientes (si existiesen)? Si la respuesta es “ninguno –la mayoría de los consumidores pagarían un precio más alto”, entonces, el mercado estaría correctamente definido. Pero si existen otros productos a los cuales un gran número de clientes cambiaría, entonces, esos bienes estarían incluidos en el mercado relevante porque serían sustitutos cercanos. De otro lado, el enfoque Europeo, desde cuya perspectiva, la agencia de competencia se realiza la siguiente pregunta: “¿Son los productos intercambiables o sustituibles para el consumidor?” (Conrath, 1998).

A la información que está relacionada con las medidas estadísticas, se le considera evidencia directa o cuantitativa y sirve para las herramientas cuantitativas. A la información que es más práctica se le considera evidencia indirecta o cualitativa y sirve para el otro tipo de herramientas. Desde cualquier enfoque, es tarea de la agencia de competencia recolectar la mayor información posible tales como encuestas de preferencias, historial de precio o ventas, análisis de perfiles, etc., a fin de definir correctamente el mercado relevante.

Como se puede observar, el precio es un factor clave en el análisis de sustitución. Este factor se utiliza tanto para el Test SNIPP así como para la aplicación del análisis de elasticidad cruzada.

Es importante señalar que el análisis de mercado se evalúa dentro de un plazo que es elegido por el juzgador. En tal línea, por ejemplo, Bullard (2009) sostiene que un plazo razonable para analizar la elasticidad cruzada es de un año. También se tiene en consideración el tiempo en el que, en aplicación del test SNIPP, los consumidores migran su decisión de consumo.

Finalmente, es importante agregar que la conducta de abuso de posición de dominio se puede llevar a cabo desde el lado de la demanda por lo que el análisis de mercado relevante y, en consecuencia, de sustitución también puede realizarse desde dicho lado. Así, las preguntas van dirigidas a evaluar si es que los ofertantes del bien o servicio

pueden encontrar empresas de otras industrias que demanden los bienes o servicios en cuestión o si los ofertantes pueden migrar su actividad a otra industria. A decir, se evalúa que los costos de cambio sean razonables, así como que también lo sea el tiempo que toma el cambio.

- ***Mercado Geográfico Relevante***

De acuerdo con el numeral 6.2 del artículo 6 del Decreto Legislativo 1034, el mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

Igual que la definición del mercado de producto relevante, las agencias de competencia, empiezan el análisis evaluando las áreas de venta atendidas por cada planta de producción de la supuesta firma dominante. El siguiente paso es evaluar los costos de transporte, pero en relación del costo final para los consumidores (Conrath, 1998). Si estos costos son razonables, entonces se incluyen dentro del mercado geográfico.

La agencia de competencia de Argentina ha establecido algunos criterios o indicios que permiten determinar el mercado geográfico relevante (Cabanellas, 2005):

- Indicios de que indiquen que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otras regiones geográficas como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes
- Indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre el supuesto de que existe sustitución en las demandas de distintas regiones geográficas ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes
- Influencia de la competencia que enfrentan los consumidores del bien en los mercados de sus productos (en los caso en que los consumidores utilicen el bien como insumo) el tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de la demanda hacia otra regiones geográficas.

De igual manera, en este análisis existe un elemento clave: el tiempo. Cuanto mayor sea el tiempo que se considere para que ingrese otro producto, el mercado será más restringido.

El resultado de ambos análisis conforma el mercado relevante. La siguiente etapa es identificar la estructura de mercado, es decir, si el agente ostenta posición de dominio.

La posición de dominio es *la capacidad de un agente económico de influir sobre los precios de mercado* y, en este sentido, representa la contracara del supuesto del mercado en competencia perfecta donde los agentes son tomadores de precios (Cabanellas, 2005). El Decreto Legislativo 1034, reconoce que el agente dominante está en capacidad de restringir, afectar o distorsionar influir o afectar el precio o cualquier condición de la oferta o de la demanda en el mercado relevante, sin que otros agentes puedan contrarrestar dicha situación en un futuro inmediato.

Cabe señalar que la norma peruana apunta los siguientes indicadores que ayudan a la determinación del poder de mercado:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

De acuerdo a los resultados de estos indicadores, se podrá afirmar, o no, que el agente ostenta posición de dominio⁶. A continuación, trataremos brevemente algunos de estos y otros indicadores importantes.

- Participación de mercado

⁶ A tales indicadores, en principio, podemos clasificarlos en dos grandes grupos: los factores de estructura de la empresa y los factores indicativos de la situación competencial existente en el mercado relevante. Entre los primeros destacan: los recursos y métodos de producción de la empresa, los métodos de presentación, transporte y venta de los productos, así como el nivel de integración vertical, el desarrollo tecnológico y los recursos financieros. Dentro del segundo grupo, se incluye la estructura de los mercados afectados, la competencia real y potencial (tanto en el mercado único como fuera de la UE), la posibilidad de elección para terceros (empresas rivales, proveedores, clientes), los intereses de los consumidores, las cuotas de mercado, volúmenes de venta y precios, la existencia de medidas *antidumping* que protejan a la empresa presuntamente dominante de sus competidores, así como también si en el mercado en cuestión existen barreras de entrada (Arosemena-Romero, 2005).

La cuota o participación de mercado mide la posición de la empresa respecto del mercado total (en porcentaje) y puede medirse en función de la capacidad productiva de la empresa así como por sus volúmenes de producción, volúmenes de ventas o el valor de estas últimas (Figari et al, 2005).

Se considera que mientras los competidores posean cuotas de mercado significativamente más bajas que el agente investigado, una alta cuota de mercado de éste podría indicar la existencia de poder de mercado. Por el contrario, la existencia de competidores actuales con cuotas de mercado significativas reflejaría la existencia de agentes en el mercado con capacidad de impedir un comportamiento anticompetitivo del agente investigado (Indecopi, 2012).

Sobre el particular, se suele considerar que altas cuotas de mercado (por ejemplo, mayores a 50%) sostenidas a lo largo del tiempo (por ejemplo, durante más de tres años) podrían notar la existencia de una posición de dominio. La agencia peruana de competencia ha seguido esta línea y, por ello, se ha señalado que podía estimarse que una empresa con dicha cuota es dominante, correspondiendo a la empresa la carga de la prueba de que no es dominante (Indecopi, 2012).

Finalmente, si bien la cuota de mercado constituye un indicador práctico, no constituye *a priori* un indicador de una posición dominante sino que tiene que interpretarse conjuntamente con los demás indicadores.

- Concentración de Mercado

La concentración de mercado es otro de los indicadores más empleados para determinar la posición de dominio. La concentración mide cuán competitivo es un mercado. Es un cálculo que toma en cuenta la relación entre número total de empresas en el mercado y las respectivas cuotas en el mismo.

Existen distintos indicadores de concentración de mercado⁷, no obstante, el más usado por las agencias de competencia como la peruana, es el Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI). El HHI es un valor que se calcula mediante la sumatoria de los cuadrados de las cuotas de

⁷ Además es el índice más usado según las Horizontal Merger Guidelines (HMG). Cabe destacar que existen otros como los de Rosenbluth, CR4, CR8 etc., que son menos usados por los distintos ordenamientos por ciertas desventajas que presentan.

mercado de las empresas individuales y, por lo tanto, le da mayor peso proporcionalmente a las cuotas de mercado más grandes (FTC).

Así por ejemplo, un mercado en el que concurren cuatro compañías A, B, C y D con cuotas de mercado de 30%, 30%, 20% y 20% respectivamente, el Índice HHI tiene un valor de 2600 ($30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$).

La relación entre el valor del HHI y el nivel de concentración se plantea en los siguientes términos:

Gráfico 6
PES en el modelo de monopolio con CMe constante

INDICE HHI	GRADO DE CONCENTRACION DEL MERCADO
Menor de 1000	Desconcentrado
Entre 1000 a 1800	Moderadamente concentrado
Superior a 1800	Altamente concentrado

Si fueran 10 empresas, con un porcentaje de cuotas de mercado de 10% cada una, el HHI sería de 1000. Por otro lado, tenemos un valor HHI de 10 000 cuando solo una empresa se encuentra en el mercado (100^2). Es decir, mientras más empresas con menos cuota de mercado, el mercado es menos concentrado y mientras menos empresas con más cuota de mercado, el mercado es más concentrado. El mercado más desconcentrado es el de competencia perfecta. En un mercado más concentrado existen más posibilidades de que una empresa ostente posición de dominio pero también puede ocurrir que existan pocas empresas con similares cuotas de mercado y que, por ende, no exista una empresa dominante, empero, para ambos casos, los niveles de competencia son bajos.

- La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica

Si en el mercado existen barreras a la entrada, entonces es más probable que una empresa pueda ostentar posición de dominio. Ello porque uno de los requisitos del modelo de

monopolio es la existencia de barreras a la entrada mientras que en competencia perfecta hay perfecta movilidad de bienes. En esa línea, Fernandez-Baca (2006) señala que el requisito indispensable para que una empresa monopolice un mercado es que existan barreras a la entrada que impidan el acceso de otras empresas al mercado del bien o servicio en cuestión.

Una de las definiciones más conocidas en la literatura económica, siguiendo su enfoque estructuralista, es la de Bain (1956) quien sostiene: “A Barrier to entry is an advantage of established sellers in an industry over potential entrant sellers, which is reflected in the extent to which established sellers can persistently raise their prices above competitive levels without attracting new firms to enter the industry”.

Por su parte, Stigler (1968) indica: “A Barrier to entry is a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by firms, which seek to enter an industry, but is not borne by firms already in the industry”.

En esa misma línea, Carlton y Perloff (1994) señalan: “A barrier to entry is anything that prevents an entrepreneur from instantaneously creating a new firm in a market. A long run barrier to entry is a cost that must be incurred by a new entrant that incumbents do not (or have not had to) bear”.

En esa misma línea, la Comisión Europea (2002) ha establecido:

Barriers to entry are factors that prevent or hinder companies from entering a specific market. Entry barriers may result, for instance, from a particular market structure (for example, sunk cost industry, brand loyalty of consumers to existing products) or the behavior of incumbent firms. It is important to add that governments can also be a source of entry barriers (such as through licensing requirements and other regulations) (Comisión Europea, 2002, p. 17).

Como se puede apreciar, existe regular consenso respecto de lo que constituye una barrera a la entrada al mercado. Son situaciones que de alguna manera dificultan la entrada de competidores al mercado relevante y por eso su significativa existencia es indicador de posición de dominio o de un mercado más alejado de la competencia perfecta.

En cuanto a las clasificaciones de barreras, el Decreto Legislativo 1034 establece aquellas más reconocidas en la literatura: las barreras económicas, legales y estratégicas. Las económicas están relacionadas con las condiciones de la estructura del mercado, como por ejemplo, costos hundidos, red de distribución, etc. Las de tipo legal son las restricciones que emanan del propio gobierno y que hacen costoso el ingreso de competidores, como por ejemplo, la necesidad de permisos, capitales mínimos, etc. Las estratégicas están relacionadas con las conductas que puede realizar el dominante para desalentar el ingreso de competidores.

A continuación mencionaremos algunos tipos de barreras a la entrada más empleados:

- Las economías de escala: La empresa que utiliza economía de escala tendrá costos más bajos y, en consecuencia, precios más bajos, frente a los cuales, para un potencial competidor será difícil competir.
- Costes hundidos: Son aquellos costos que una vez incurridos no pueden recuperarse a la salida del mercado. Por tanto, un mercado que presenta una estructura con altos costes hundidos aumentará el riesgo para potenciales entrantes y, en consecuencia, disuadirá su entrada, fortaleciendo la posición de la empresa establecida.
- La preferencia del consumidor por una marca: Si los consumidores son altamente leales a una marca, será más difícil para un nuevo competidor hacerse de cuota de mercado.
- El no acceso a canales de distribución: Si un canal de distribución es manejado por una empresa que comercializa el mismo producto, el competidor podría tener menos incentivos a ingresar porque no podría colocar sus productos fácilmente.
- Inversiones estratégicas, learning-by-doing o inversiones en capacidad instalada: son determinado tipo de inversiones que una vez ejecutada por la empresa establecida en el mercado, podrían desincentivar el ingreso de nuevos competidores.
- Costes de cambio: Un consumidor enfrenta costes de cambio entre vendedores cuando una inversión específica para su actual relación comercial con un vendedor tiene que ser duplicada para un entablar una relación comercial con un nuevo vendedor, dificultando su decisión de migrar su demanda a una nueva empresa.

- Contestabilidad de mercado

Como modelo, el mercado contestable es aquel que no tiene ninguna barrera de entrada o de salida. En este mercado, aunque estén concentrados, el precio en equilibrio es igual al coste marginal y la asignación es óptima. Se señala que la competencia que cumple la entrada potencial en el mercado disciplina el comportamiento de las empresas casi tan efectivamente como lo haría la existencia de competencia real. De ahí que, incluso cuando un mercado esté dominado por una única empresa, podrá funcionar competitivamente.

Esto es, si un mercado es contestable idealmente, entonces habrá menos posibilidades de que se considere que una empresa puede tener posición de dominio. En efecto, la presión que ejerce la posibilidad de competencia potencial, puede disciplinar a la empresa dominante y ello es clave para determinar si una empresa ejerce o no posición de dominio. Si un competidor puede entrar exitosamente al mercado ofreciendo precios menores a los del dominante y retirarse antes que este último actúe en respuesta ('hit and run'), la sola amenaza de que ello ocurra sería suficiente para impedir comportamientos monopólicos. Ello también supone que los posibles entrantes no incurran en costos que no puedan recuperar al salir del mercado (Baumol citado por Quintana, 2003).

Existen algunos elementos que definen la teoría. Entre estos, destacan la presencia o ausencia de barreras legales y la dimensión de los costos hundidos que implica el ingreso en un mercado. Si los costos hundidos son muy altos, el riesgo implícito en el "desafío" a los oferentes ya establecidos es correlativamente elevado (Cabanellas, 2005).

El análisis que emplea la teoría de los mercados contestables puede ser de tipo cualitativo o cuantitativo pero siempre teniendo en cuenta que si un mercado es contestable o disciplinado por la competencia potencial, entonces puede considerarse que no existe posición de dominio, y viceversa.

Finalmente, es neurálgico indicar que para definir el mercado relevante así como la posición de dominio, resulta necesario que la agencia de competencia recopile la mayor información empírica sobre el mercado. Para tal efecto, recurre a distintos informes, economistas internos, información comercial y contable de las empresas, y, en general toda aquella información que el Indecopi

considere que constituye evidencia empírica. En algunos casos, la definición del mercado relevante y de la dominancia depende de cuánta información la agencia logre recopilar.

b) Conducta por parte del dominante con efectos anticompetitivos sin justificación

Los numerales 10.1 y 10.2 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034 señalan que la conducta que realice la empresa dominante debe, de un lado, “restringir de la competencia generando beneficios a la dominante y afectando a competidores” y, de otro lado, que ello debe darse “de manera indebida”.

- La Restricción de la Competencia

Con respecto a este punto, debemos considerar los fundamentos teóricos que hemos tratado anteriormente. Efectivamente, la restricción de la competencia significa que la conducta empresarial debe generar que el mercado relevante se asemeje más a uno de monopolio y se aleje de uno en competencia perfecta generando ineficiencia. Asimismo, que la conducta deba generar un beneficio a la dominante y afectar a competidores significa que esta puede mantener o aumentar su posición de dominio al quitar participación de mercado o excluir a sus competidores reales o potenciales mediante determinadas empresariales.

Cabe agregar que si bien no se ha recogido expresamente a nivel legislativo, a nivel jurisprudencial se ha reconocido que esta restricción a la competencia debe ser significativa. Ello implica que si la conducta genera un cambio menor en la estructura de mercado, por ejemplo, una exclusión del mercado de una empresa con 4% de cuota de mercado, o produce efectos en el tiempo que no se prolonguen por más de ciertos años, esta no se considerará con potencialidad para afectar la competencia de manera significativa y, en consecuencia, no será considerada como un abuso de posición de dominio.

La necesidad de que sea significativa la restricción fue reconocida por la Corte Suprema estadounidense en el caso *Standard Oil of California and Standard Stations, Inc v. United States*. En este caso, la autoridad consideró que la conducta denunciada suponía la exclusión a competidores del acceso a determinados comerciantes, por lo que era ilícita en

tanto cumpla con el requisito adicional de que la competencia haya sido eliminada **en una parte sustancial de la línea comercial afectada**, lo que equivale a que el volumen afectado por tales prácticas sea significativo (Cabanellas, 2005).

Este criterio también se denomina como el de “conductas de menor importancia” y ha sido reconocido en jurisdicciones como la española. En este caso se ha considerado que determinadas conductas cuyo efecto sea la exclusión de competidores con cuotas máximas de 10% serán consideradas de menor importancia y, en consecuencia, no será aplicable la política de libre competencia (Ministerio de Economía y Finanzas, 2008). En esa misma línea, desde la perspectiva de la duración de los contratos de exclusividad, por ejemplo, se ha sostenido que plazos mayores a 5 años no serán considerados de menor importancia (Ministerio de Economía y Finanzas, 2008).

Finalmente, la correspondencia entre beneficios y perjuicios reconocida en el Decreto Legislativo 1034 implica que la conducta del dominante debe afectar a sus propios competidores directos o indirectos necesariamente. Por esta razón, en el ordenamiento peruano de libre competencia no están sancionadas las conductas de efecto explotativo sino de efecto exclusorio (Rojas, 2005).

Ahora bien, para evaluar la restricción a la competencia, de acuerdo con la metodología de análisis de una conducta de abuso de posición de dominio, resulta indispensable que se defina también un mercado afectado en el cual se produzcan los efectos negativos de la conducta. En algunos casos, el mercado afectado puede coincidir con el mercado relevante, no obstante ello no es necesariamente así. Es posible que el mercado afectado sea uno derivado o relacionado con el mercado relevante. Básicamente, el mercado afectado es aquel donde se dan las consecuencias perjudiciales de la conducta de abuso de posición de dominio.

- Restricción de Manera Indebida

Este punto se refiere a que la conducta además de restrictiva, debe carecer de justificaciones basadas en eficiencia. Al respecto, se reconoce que en algunos casos, si bien la conducta de una empresa dominante puede restringir la competencia, es necesario que dicha conducta no esté justificada por razones de eficiencia económica las cuales finalmente redunden en beneficio del consumidor. En general, estas justificaciones están referidas a consecuencias

de mejora de la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico que resulten razonables al considerarse la totalidad de su impacto sobre la competencia (Cabanellas, 2005). Sin embargo, debemos señalar que la agencia de competencia valora estas justificaciones y, de acuerdo a criterios técnicos e imparciales, determina si la justificación es válida y en qué medida, respecto del balance con la restricción de la competencia. Para este punto, la agencia de competencia hace valoraciones de tipo empresarial a efectos de juzgar la validez de las justificaciones basadas en eficiencia.

Finalmente, debemos apuntar que la carga de la prueba de una justificación de una empresa dominante y su importancia recae sobre esta. Cuando analicemos los tipos de conductas, trataremos las principales justificaciones reconocidas por la política según los tipos de conductas.

c) **Balance restricción a la competencia vs. Justificaciones basadas en eficiencia**

Habiendo determinado la afectación o restricción a la competencia, así como la existencia de justificaciones basadas en eficiencia, corresponde a la agencia de competencia realizar un análisis o balance de tipo coste-beneficio entre ambos aspectos a fin de determinar la ilicitud o licitud de la conducta. Si es que existe una restricción significativa y ninguna justificación, entonces la conducta constituirá un abuso de posición de dominio. Si es que existen justificaciones, la agencia analizará cuán importante o razonable son estas, de manera que compensen la restricción a la competencia.

Este análisis coste beneficio supone una valoración subjetiva por parte de la agencia de competencia tanto de lo que se puede considerar como restricción o afectación de la competencia significativa así como de lo que se considera una justificación válida basada en eficiencia.

Para realizar este análisis, la agencia de competencia debe recopilar y emplear datos empíricos (Robles, 2001) tales como historial de precios, series de ventas, informes económicos, estudios de mercado, encuestas, jurisprudencia internacional, etcétera, a fin de determinar la restricción a la competencia, índice de cierre de mercado, mercados afectados, entre otros aspectos. Asimismo, para analizar la justificación basada en eficiencia, la agencia de competencia deberá comportarse como una empresa, analizando por ejemplo, cuando un historial negativo de crédito es una justificación válida para negarse a contratar, cuándo una exclusividad permitirá recuperar una

inversión o cuando política de diferenciación de precios permitirá la expansión de la distribución, etc.

De acuerdo con los resultados del análisis empírico resultante, la agencia de competencia podrá concluir que la conducta ejercida por la dominante constituye o no un abuso de posición dominante.

Cabe indicar que el análisis o balance que debe realizar la agencia de competencia se encuentra reconocido en el numeral 10.4 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034 que establece que “las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas”; toda vez que este tipo de prohibiciones significa que para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, según el artículo 9 de la misma norma.

A continuación, estudiaremos las principales modalidades de conductas de abuso de posición de dominio. Previo a ello, cabe indicar que no existe un número taxativo de conductas sino que, en la medida que se cumplan los presupuestos (posición de dominio y conducta de efectos exclusorios sin justificación), cualquier actuación de una empresa podrá calificar como tal.

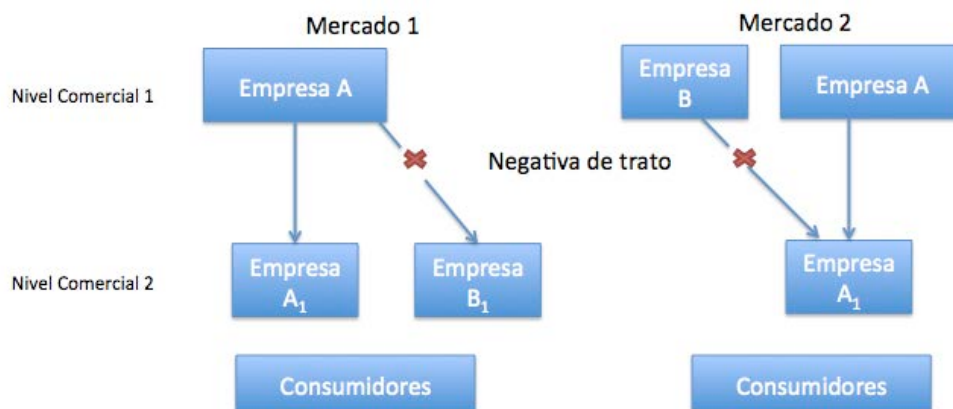
- **Negativa Injustificada a Contratar**

Esta modalidad también se conoce como negativa de trato y se encuentra reconocida en el literal a) del numeral 10.2 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034, el cual establece que constituye abuso de posición de dominio el “negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios”.

A continuación, mostramos dos de las maneras más comunes en las que se manifiesta esta conducta:

Gráfico 7

Modalidades de Negativa Injustificada



En el gráfico anterior se pueden apreciar dos situaciones. En la de la izquierda, una Empresa A dominante en un mercado relevante en el Nivel Comercial 1. Esta participa en la distribución de productos en el Nivel Comercial 2 a través de su subsidiaria o vinculada A₁. B₁ participa también en la distribución de los mismos productos y compite con A₁. B₁ solicita a A que le provea los productos y esta se niega con la finalidad de beneficiar a A₁. De esta manera, en el Nivel Comercial 2, se excluye a B₁ quedando el mercado del Nivel Comercial 2 con una estructura menos competitiva, siendo beneficiada de dicha conducta el grupo económico de A (a través de A₁). En este caso, el mercado relevante es el Nivel Comercial 1 y el afectado es el *downstream*.

En la descripción de la derecha, A₁ tiene posición de dominio en el mercado relevante del Nivel Comercial 2 (en la distribución). En este caso, A₁ se niega a distribuir los productos de B. Con ello, B es excluida pues no tiene cómo distribuir sus productos, beneficiándose A de dicha exclusión. A diferencia, en este caso, el mercado relevante es el Nivel Comercial 2 y el afectado es el primero.

La lógica económica de la prohibición de este tipo de conductas es evitar que la exclusión de B o B₁ genere que la empresa A o A₁ aumenten su posición de dominio o la refuerce, generando un mercado con una estructura monopólica y, en consecuencia, generando PES.

Desde la perspectiva norteamericana, Hovenkamp (2005) señala sobre las negativas de trato:

Unilateral refusals to deal are illegal, if at all, when they constitute monopolization or an attempt to monopolize a market. As a result, the tests for those offenses apply. **The plaintiff must show that the defendant is a monopolist and that the refusal to deal is an anticompetitive exclusionary practice.** Failing that, the plaintiff can make out an attempt claim if it can show: a) **the defendant's specific intent to acquire a monopoly**; b) that the refusal to deal is an anticompetitive act designed to carry out the scheme; and c) a dangerous probability that the scheme would have created a monopoly if it had been allowed to run its course (Hovenkamp, 2005, p. 263).

Ahora bien, la negativa de trato no significa que las empresas que ostente posición de dominio estén obligadas a contratar. Es factible que la negativa esté justificada por razones de eficiencia económica (enfoque eficientista), correspondiendo a la agencia de competencia hacer un balance entre la restricción a la competencia y las justificaciones económicas de la empresa dominante. En la doctrina, se consideran como justificaciones válidas los siguientes ejemplos:

- Cuando el agente excluido, esto es, al que se le niega contratar, no tiene un buen historial crediticio o no demuestra solvencia.
- Cuando el agente al que se le niega contratar no tiene capacidad técnica suficiente para recibir los bienes o servicios de manera que la distribución de los mismos pueda verse afectada.
- Cuando la empresa dominante no cuenta con capacidad para proveer los bienes o servicios solicitados.
- Bajo determinados supuestos, cuando existe un derecho o licencia.
- Para evitar el *free riding* de parte del agente excluido en los casos en los que el dominante o su vinculada han incurrido en inversiones o desarrollado sinergias.

El balance que realice la agencia de competencia entre la exclusión o restricción a la competencia y las justificaciones debe considerar que estas últimas podrían no resultar suficientes o simplemente podrían ser invocadas por la empresa dominante para encubrir la conducta anticompetitiva. Por ejemplo, la empresa denunciada podría alegar que no cuenta con capacidad para proveer un bien cuando en realidad sí podría producir unidades adicionales. En estos casos, algunas agencias de competencia han señalado que si la empresa

dominante tiene capacidad instalada ociosa, no puede negarse a satisfacer demandas de compra siempre que no le resulte un costo significativo producir tales unidades adicionales.

▪ **Discriminación**

El Decreto Legislativo 1034 establece que una conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación consiste en “Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de u manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”.

Desde la perspectiva norteamericana, la Federal Trade Commission de Estados Unidos ha establecido la discriminación en los siguientes términos (FTC):

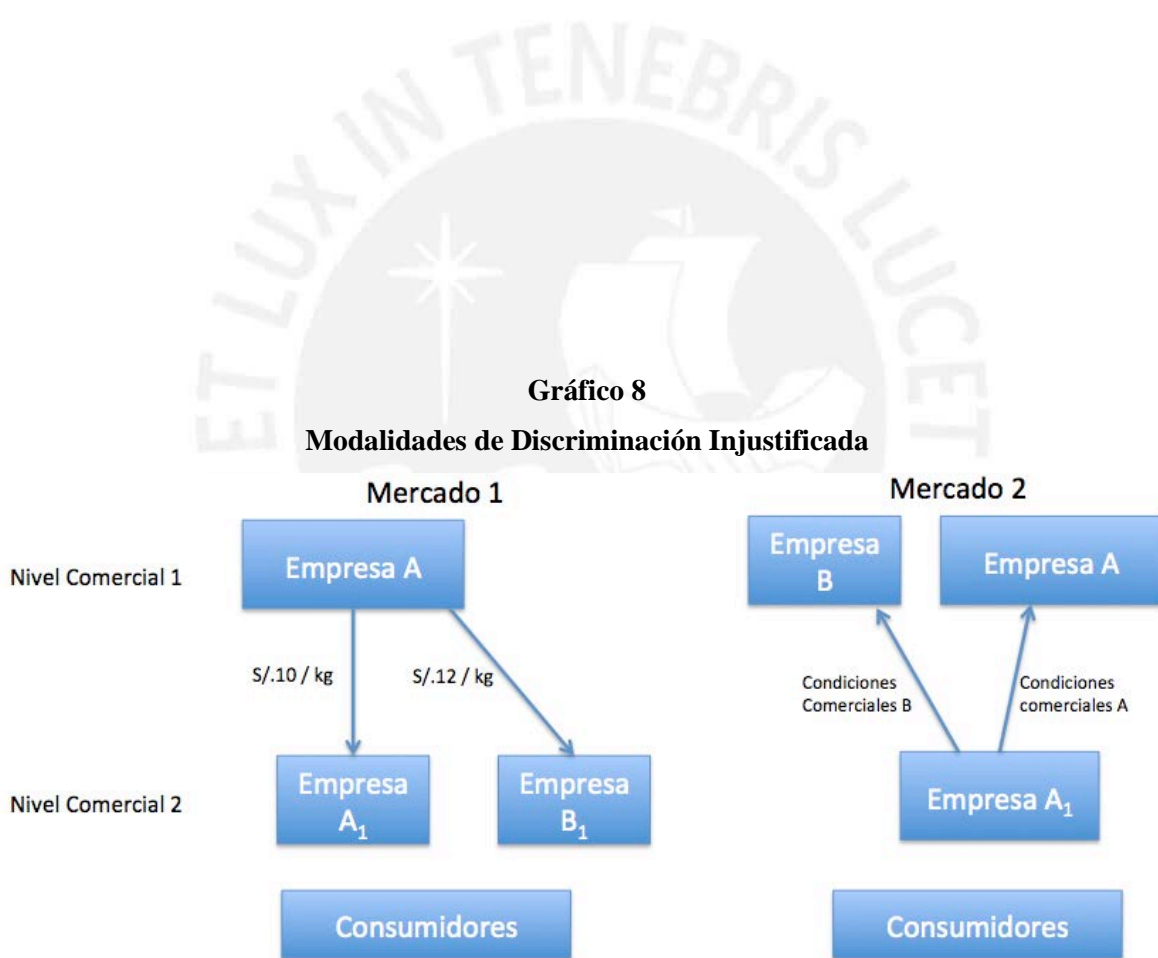
A seller charging competing buyers different prices for the same "commodity" or discriminating in the provision of "allowances" — compensation for advertising and other services — may be violating the Robinson-Patman Act. This kind of price discrimination may give favored customers an edge in the market that has nothing to do with their superior efficiency. Price discriminations are generally lawful, particularly if they reflect the different costs of dealing with different buyers or are the result of a seller's attempts to meet a competitor's offering.

The Supreme Court has ruled that price discrimination claims under the Robinson-Patman Act should be evaluated consistent with broader antitrust policies. In practice, Robinson-Patman claims must meet several specific legal tests:

1. The Act applies to commodities, but not to services, and to purchases, but not to leases.
2. The goods must be of "like grade and quality."
3. There must be likely injury to competition (that is, a private plaintiff must also show actual harm to his or her business).
4. Normally, the sales must be "in" interstate commerce (that is, the sale must be across a state line).

La lógica económica de prohibir que los agentes dominantes discriminen es similar a la de la negativa injustificada. En este caso, el dominante provee un bien o servicio a su competidor

en condiciones desventajosas y con ello este no puede competir en igualdad de condiciones. Con ello el dominante puede aumentar su poder de mercado al tener la capacidad de excluir a sus competidores, alejando el mercado de la competencia perfecta. A continuación explicamos algunos modelos de discriminación comunes:



En la descripción de la izquierda, una empresa dominante A ofrece un producto a su vinculada A₁ a un precio inferior que a su competidor B₁. En la descripción de la derecha, se puede ver otro tipo de discriminación en la que A₁ tiene posición de dominio en una plataforma y permite el acceso a dicha plataforma a su vinculada A en mejores condiciones

comerciales que B. En ambos casos, la discriminación genera que B_1 o B estén en condiciones de desventaja para ofertar sus productos en comparación con A_1 o A, estando en posibilidad de verse excluida y beneficiándose estas últimas. Con la exclusión se genera una estructura de mercado alejada del mercado en competencia perfecta.

Ahora bien, debido al enfoque eficientista, también es reconocido que una empresa dominante sí puede establecer condiciones comerciales diferenciadas siempre que sea por razones justificadas objetivamente. Estas justificaciones deberán ser sopesadas con la restricción a la competencia a fin de determinar si la conducta constituye un abuso de posición de dominio.

El Decreto Legislativo 1034 enuncia una serie de ejemplos de justificaciones económicas. Así se apunta el artículo antes citado:

No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.

En la Ley Robinson-Patman norteamericana se citan algunas justificaciones que podrían ser aplicables en el ordenamiento peruano⁸. Estas son el cambio en las condiciones de mercado (que justifica las diferencias de precios entre distintos momentos del tiempo); las diferencias en el costo de provisión de las distintas unidades; y, las reducciones de precios destinadas a igualar los precios cobrados por los competidores.

En este punto, nuevamente la empresa dominante debe probar suficientemente las justificaciones de la diferenciación de manera que no constituyan una mera excusa. Flint (2002) sostiene que la discriminación [así como la negativa] no tiene por ser abierta y clara, pues podrían presentarse como la no atención de respuestas a los pedidos que se formulen, o dar excusas sobre la posibilidad de atenderlos en los términos solicitados sin que tales excusas tengan fundamento, o pedir aclaraciones o dar información errónea para bloquear o retrasar la atención de solicitudes.

⁸ Cabe resaltar que la norma ha tipificado la discriminación sólo para el caso de los bienes y no de servicios. En el caso peruano sí se puede discriminar por servicios.

- **Ventas atadas**

De acuerdo con el Decreto Legislativo 1034, constituye una venta atada: “Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;”.

Para la existencia de una venta atada, es necesario que existan dos mercados con productos distintos que se pretenden vincular por decisión de la empresa dominante. Así, esta subordina la celebración de operaciones en relación con un bien A (tying product o producto vinculante) a la aceptación de operaciones que comprenden a un bien B (tied product o producto vinculado). Esta conducta puede afectar la competencia en el mercado del producto vinculante o porque tales efectos tienen lugar en relación con los bienes vinculados (Cabanellas, 2005).

Esta afectación se produce toda vez que la empresa dominante aprovecha su posición de dominio en un mercado para trasladarla al otro mercado donde no ejerce dicho poder. De esta manera, sus competidores en el mercado donde no ejercía dominancia se ven perjudicados porque los clientes que necesitan de los bienes A –donde se ejerce la dominancia- también adquirirán el bien B del dominante. Así, puesto que los consumidores no los pueden comprar por separado, los competidores del dominante en la provisión del bien B perderán cuota de mercado al no poder competir con el producto atado –por la posición de dominio que ejerce en el mercado de A-. Cabanellas (2005) explica esta conducta de la siguiente manera:

(...) el poder en el mercado vinculante puede llevar a crear una situación similar en relación con el mercado vinculado; las empresas que deseen ofrecer éste se encontrarán con que la demanda se encuentra “cautiva” como consecuencia de la utilización de cláusulas atadas. Si esa tiene una extensión significativa, no será posible entrar en el mercado vinculante o en el vinculado en forma aislada, sino que deberán ofrecerse ambos productos, esto implicará la necesidad de contar con capitales superiores y con capacidad técnica y empresaria aplicable en los dos sectores considerados, reduciéndose así el posible acceso de competidores a los mercados afectados, elemento esencial de la competencia. Por otra parte, las cláusulas atadas tienden a extender el poder y tamaño de las empresas que las utilizan, concentrando la oferta y dificultando el desenvolvimiento fluido de las

capacidades empresariales. La firma que extiende su actividad a un nuevo mercado puede no obtener con ello utilidades netas adicionales, pero puede facilitar de esa forma la inversión de las ganancias que obtenga en el sector que domina.

Ahora bien, para que la conducta sea ilegal no deben existir justificaciones basadas en eficiencia. Sobre el particular, Bork (1993) sostiene que una venta atada tiene las siguientes ventajas que hacen sentido económico y que podrían constituir justificaciones válidas desde el punto de vista de la agencia de competencia:

- Permite medir la utilización de un bien o servicio. Por ejemplo, cuando se ata a un servicio que permita tal medición.
- Genera economías de escala o de otra índole. Por ejemplo, cuando se vende un zapato izquierdo y uno derecho, pues toda la producción y comercialización de tales productos está orientada a personas que los compran conjuntamente.
- Protege la marca o la reputación comercial. Por ejemplo, cuando se vende un equipo de audio de calidad a un vehículo de alta gama.
- Permite la vinculación técnica entre productos. Por ejemplo, cuando es necesaria la venta de una llanta con la venta de un vehículo.

Cabanellas (2005) agrega una posible justificación adicional se da cuando la atadura se emplea como instrumento para ingresar a mercados nuevos. Sobre el particular, precisa que estas causales de justificación sólo son jurídicamente viables si tienen corta duración y si no son impuestas por empresas que gozan ya de una posición sólida en el mercado correspondiente a los productos vinculados.

Algunas formas de cómo se manifiestan las ventas atadas son las siguientes:

- Precios conjuntos: Es la manera más sencilla y general de identificar una venta atada. Ocurre cuando se ofrece un producto A a 10, y uno B a 5, y como venta conjunta en 13.
- Comercialización de “líneas completas”: Una práctica frecuente es la imposición de exponer y vender la “línea completa” de productos de la firma dominante. La comercialización mediante “líneas completas” puede excluir a los oferentes de

productos similares pero que no cuentan con la posibilidad de vender una línea completa.

- Otorgamiento de otras ventajas en favor de operaciones conjuntas: Es una manera indirecta de la primera modalidad (precios conjuntos) donde la ventaja está en alguna condición distinta al precio.

▪ **Contratos de exclusividad**

Esta modalidad de abuso de posición de dominio está definida en el Decreto Legislativo 1034 como: “Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados”.

En mayor detalle, consiste en la imposición de un agente dominante a otro que se encuentra en un nivel distinto de la cadena de comercialización a que sólo adquiera o se provea, según sea el caso, bienes o servicios de la dominante. En este esquema, a los agentes impuestos solo les queda “tolerar” el suscribir la exclusividad y no obtienen mayor beneficio del mismo (Osiptel, 2014). La consecuencia de una exclusividad es que los competidores del dominante no pueden contratar con otros distribuidores o proveedores competidores de la dominante, cerrándose el mercado para ellos y beneficiándose la dominante de dicho cierre.

Cabe indicar que existen diferentes maneras en las que se puede materializar la exclusividad. Por ejemplo, la jurisprudencia reconoce que puede calificar como tal cuando una empresa dominante emplea un sistema de descuentos o bonificaciones basado en la cantidad total de productos comprados a esta (Cabanellas, 2005); o cuando se otorgan castigos en caso se contrate con los competidores de la dominante, pues ambas pueden tener el mismo efecto excluyente sobre las compras a terceros que la exclusividad.

En línea con el análisis de las conductas anteriores, para que una exclusividad sea ilícita, además de producirse la exclusión o cierre, la conducta debe carecer de justificaciones basadas en eficiencia.

Al respecto, por ejemplo, una justificación puede estar dada cuando la exclusividad busca evitar el *free riding*, lo cual se da en los casos que el dominante realiza inversiones en un distribuidor para que desarrolle su red y en contraprestación exige al distribuidor la exclusividad para que sus competidores no se aprovechen de dicha inversión. Otro tipo de

justificaciones puede ocurrir en los casos que la empresa dominante invierte capital para financiar un negocio de plataforma (como un centro comercial) y para asegurarse retorno futuro la empresa dominante exige que su participación en el negocio sea con carácter de exclusivo. Justificaciones como la protección de la marca, la generación de economías de escala, entre otros, también resultan aplicables.

Hasta este punto, hemos desarrollado brevemente la política de libre competencia, específicamente, en lo referido a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio desde el punto de vista económico y normativo en el Perú.



CAPÍTULO 2: CRÍTICA A LA REGULACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

2.4 Mala Teoría / Mala Política

Una política económica es un conjunto de normas o acciones sistematizadas emanadas del gobierno, destinadas a intervenir en la economía con objeto de lograr determinados fines. La política económica forma parte la economía normativa, es decir, de la economía del “deber ser” pues sus fines específicos parten de juicios valorativos y de la prescripción, con la carga de subjetividad que ello implica (Vicente Sola, 2006). Es decir, la orientación de la política depende de criterios valorativos.

Por su parte, la teoría económica puede ser considerada como el conjunto de leyes económicas que permiten la explicación o un mejor entendimiento de la realidad económica⁹. La teoría económica forma parte de la economía positiva, la cual se ocupa de “lo que es” y es, en principio, independiente de toda posición ética o juicio normativo particular.

Ambos campos no son autónomos (Friedman, 1986). La economía normativa se sustenta en las teorías desarrolladas por la ciencia económica pues es esta última la que finalmente demuestra qué tipo de herramientas sirven para lograr los fines perseguidos por la economía normativa. Por esta razón, se afirma que toda política económica se sustenta en una teoría económica dado que, en última instancia, es la teoría la que nos demuestra si es que con determinado tipo de intervención en la economía se pueden lograr los fines específicos previamente elegidos como política.

Siendo así, **si la teoría económica que sustenta la política es errada, ello conducirá a una política económica errada.** En ese sentido, sostiene Armentano (1988)¹⁰:

⁹ Más adelante, demostraremos como es que el concepto de teoría ha sido distorsionado.

¹⁰ Traducción libre del siguiente texto: “Public policy is usually grounded on some theory of how the world works or should work. If the theory supporting the public policy is flawed, the policy will produce unintended consequences. The consequences in turn will often lead to a debate over alternative theoretical models and eventually, perhaps, to different public policies.”

La política pública [como lo es la política económica] está fundada en alguna teoría de cómo el mundo funciona o debería funcionar. Si la teoría que sustenta la política pública está errada; la política producirá consecuencias no intencionadas. Las consecuencias a menudo conducirán a un debate sobre los modelos teóricos alternativos y eventualmente, tal vez, a diferentes políticas públicas.

En este orden de ideas, el objeto del presente y los siguientes capítulos, es demostrar que los fundamentos teóricos de la política de regulación de las conductas de abuso de posición de dominio son errados. En consecuencia, esta regulación resulta inadecuada.

Este yerro reside en un inadecuado enfoque metodológico y epistemológico de las teorías que sustentan la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. Estos enfoques inadecuados no permiten una adecuada comprensión o interpretación del problema o fenómeno económico en cuestión (las prácticas empresariales que son calificadas como abuso de posición de dominio), generando que dicha regulación resulte en un despropósito.

Hayek (1945) sostuvo que muchos de los debates o enfrentamientos actuales sobre teoría y política económica tienen su origen común en una mala interpretación de la naturaleza del problema económico de la sociedad. Ello, en la línea con el objeto de la presente investigación, quiere decir que si existe una mala interpretación de los fenómenos económicos, se generará una mala teoría y, en consecuencia, una mala política económica. Si es así, entonces habrá que reconsiderar los fundamentos teóricos de la política pública y, en caso que ello no sea posible, considerar la derogación de esta.

En particular, el objeto del presente capítulo es demostrar que los fundamentos teóricos son equivocados desde un punto de vista metodológico dado el fenómeno económico objeto de estudio.

2.5 Crítica Metodológica

A. Identificando el Método Científico de la Regulación de las conductas de abuso de Posición de Dominio

A fin de tratar nuestra crítica, corresponde en primer lugar identificar el método científico que sustenta la teoría subyacente a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

Según hemos revisado en el capítulo anterior, la posición de dominio y los efectos exclusorios (o afectación a la competencia) constituyen requisitos *sine qua non* para identificar una conducta de abuso de posición de dominio. Cuando ello ocurre, en el mercado se produce una PES. Detrás de este enfoque teórico se encuentra el paradigma ECD, el cual denota una relación de tipo determinista entre la estructura del mercado (definido sobre la base de criterios tales como números de agentes, niveles de concentración, diferenciación de productos, barreras a la entrada, posición de dominio, etc.) y el performance del mismo (medido en virtud de indicadores tales como niveles de eficiencia, presencia de PES, niveles de tasas de beneficio, etc.). De acuerdo con el paradigma ECD, si una conducta genera determinada estructura de mercado menos atomizada, la política económica debe corregir esta conducta en pos de evitar los efectos negativos sobre la economía y garantizar una estructura de mercado más atomizada (o competitiva).

Respecto de esta relación determinista, la cual sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, Armentano (2001) sostiene:

Desde sus inicios, los economistas de la Organización Industrial generalmente aceptan cierta relación determinista entre la estructura de mercado, y el performance económico. Si los mercados tuvieran una estructura competitiva (pequeñas firmas, productos homogéneos, y facilidades a la entrada) entonces el proceso de mercado conduciría automáticamente a una asignación de recursos donde el precio, el coste marginal y el coste medio fueran todos iguales (Armentano, 2001, p. 12).

El surgimiento del paradigma ECD se atribuye a dos economistas quienes fundaron las bases de la escuela de la Organización Industrial, Edward S. Mason y, principalmente, su alumno, Joe S. Bain por haber sistematizado los trabajos anteriores sobre el particular (Ordoñez, 2009).

En uno de los primeros trabajos que forman parte de la Organización Industrial, el profesor Mason demostró que la cuota de mercado de las empresas es importante en la determinación de la política de producción y de los precios de una empresa, empleando para tal efecto técnicas estadísticas. Mason argumentó que el análisis empírico es necesario para el estudio de la demanda y función de costos, pues estas son construcciones matemáticas que de por sí solas no permiten comprobar nada. Asimismo, sostuvo que no es que las teorías no sean importantes, sino que su relevancia no puede ser determinada sin observaciones empíricas (Thuy et al., 2014). Es decir, determinó una suerte de

relación entre las cuotas de mercado de una industria y los precios de los productos ofrecidos en él, en virtud de la observación empírica.

Por su parte, el profesor Bain, en otro trabajo de tipo empírico¹¹, evidenció una relación entre la estructura de mercado y el performance del mismo, la cual se manifestaba en la relación o regularidad entre los niveles de concentración de determinadas industrias (estructura de mercado) y las tasas de beneficio de las empresas (performance del mercado) en las mismas, según explica:

Las tasas de beneficio de las empresas en industrias oligopólicas altamente concentradas tenderán a ser más grandes que las de otras empresas en industrias oligopólicas menos concentradas o en industrias con una estructura atomística. Las empresas en oligopolios con vendedores altamente concentrados tenderán a obtener más tasas de beneficio que otras. (Bain, 1951, pp. 292-293)

En general, durante tal época, se emitieron sendos estudios empíricos que señalaban y demostraban que aumentos en la concentración industrial se relacionaban positivamente con la rentabilidad de las empresas (Muñiz, 1997 y De la Garza Garza 2011), en el entendido de que la rentabilidad de las empresas constituía un criterio para medir el performance del mercado, pues se asociaba que a mayor rentabilidad, menor sería el beneficio social.

En mayor detalle, a fin de hallar esta relación o regularidad, los economistas básicamente plantearon una hipótesis de correlación entre la rentabilidad de las empresas en una industria y el grado de concentración más una variable, la cual si su resultado era positivo, entonces verificaba la correlación. Todo ello, a partir de la información estadística recabada de los mercados. Así, la mayoría de estudios empíricos arrojaron el valor de esta última variable positivo, demostrando la correlación (Tarjizán, 2001).

De acuerdo con lo anterior, podemos sostener que para la determinación del paradigma ECD, siendo los modelos de mercado en competencia perfecta y en monopolio formalizaciones de este, se utilizó el método científico de tipo empírico. Siendo así, podemos concluir que los fundamentos teóricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio se basan en el método empírico.

¹¹ Este estudio lo realizó sobre un número determinado de empresas, para un periodo de terminado de años en determinada zona (Estados Unidos).

Ahora bien, la observación de la data empírica como base para el análisis de los fenómenos de mercado no solo se aprecia en los fundamentos teóricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, sino también en el método de aplicación de dicha regulación. Ello pues una conducta de abuso de posición de dominio la determina la agencia de competencia a partir de la observación de la data empírica, aplicando la consecuente sanción.

Ciertamente, factores como el mercado relevante, sustituibilidad, posición de dominio, exclusión de mercado, cuotas de mercado, niveles de concentración, etc., se determinan a partir de la información de mercado que la agencia de competencia recaba de diversas fuentes, tales como información sobre volúmenes de ventas o de producción, crecimiento de la industrial, niveles de compras, precios de insumos, preferencias de los consumidores, historial de precios, etc. Una vez obtenidas las conclusiones del análisis de todos estos factores, la agencia de competencia determinará si se ha configurado una conducta de abuso de posición de dominio. De hecho, la evidencia empírica resulta vital para el éxito o fracaso de una denuncia por abuso de posición de dominio o para la imposición de multas.

Como se puede observar, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, a nivel de sus fundamentos teóricos y de su aplicación, en virtud del método empírico, está amparada en la idea de que con análisis de carácter empírico se pueden obtener teorías o leyes económicas (economía positiva) que sustenten la implementación de políticas o la aplicación de medidas correctivas (economía normativa).

B. El Método Empírico

Hablar de todos los enfoques del método empírico sería inacabable. En ese sentido, en este apartado nos vamos a centrar rescatar las principales características de dicho método.

El método empírico es un método de investigación científica. Se basa en la experimentación, la lógica empírica, la observación de fenómenos y análisis estadístico. Se sostiene que a través de la experimentación y procedimientos prácticos es posible revelar las relaciones esenciales y las características fundamentales del objeto de estudio. A continuación podemos sistematizar las siguientes características:

- Es un método fáctico pues se ocupa de hechos que realmente existen.

- Utilizan la verificación (o falsacionismo) empírico. Esto implica que una hipótesis se comprueba no mediante un análisis lógico deductivo (o metafísico) sino mediante la contrastación por medio de la percepción.
- Es auto correctivo y progresivo. Esto implica que nunca se llega a un estado final del conocimiento sino que siempre se somete a constante verificación.
- El muestreo es básico para el método analítico.

De esta manera, a partir de este método, se comprueban las hipótesis, llegando a formalización de teorías.

En economía, el método empírico es el método más usado. Ciertamente, a través de este método, los economistas han formulado las más conocidas de las teorías y que incluso han servido como base para la implementación de una política económica. Economistas importantes como Samuelson reconocen por ejemplo que "toda ciencia social está basada firmemente en la inducción: en la observación de hechos empíricos". Por su parte, Ayer sostiene que "la escala de diversidad del fenómeno con el que lidian las ciencias sociales hace menos exitoso el establecer leyes científicas, pero esta es una dificultad en práctica, no de principio: ellos [los economistas] también están interesados al final con los eventos físicos".

En el siguiente punto trataremos las implicancias de la aplicación de este método en economía. No obstante, conviene precisar que existen dos posturas respecto de la experimentación o testeo de una hipótesis en economía: el verificacionismo y el falsacionismo empírico. Según el primer criterio, las teorías únicamente son verificables por la experiencia. Es decir, tenemos una hipótesis y la comprobamos por la experiencia. De acuerdo con el segundo criterio, las teorías únicamente son falseables y nunca verificables mediante la experiencia. Así, mientras que en el primer caso la información empírica sólo puede corroborar nuestra hipótesis y, en consecuencia, nos permite aceptarla como teoría; para el segundo caso, nuestra hipótesis se acepta hasta que la experiencia nos diga lo contrario.

C. Implicancias de la Aplicación del Método Empírico en Economía y, en particular, en la Regulación de las Conductas de Abuso de Posición de Dominio

En este sub-acápito analizaremos porqué, desde un punto de vista metodológico, la aplicación del método empírico para el estudio de las conductas empresariales resulta inadecuado. Para tal efecto, repasaremos algunas ideas importantes.

Una teoría puede ser definida como el conjunto o sistema de conocimientos que una ciencia ha tenido por finalidad desarrollar con respecto a un objeto de estudio. Por ejemplo, la teoría de la aceleración se deriva del estudio del movimiento de los cuerpos en el campo de la física. En el campo económico, una teoría se refiere a la parte de las ciencias económicas que estudia los axiomas, proposiciones y teoremas que constituyen los modelos explicativos de la actividad económica, identificando los componentes fundamentales del sistema económico y explica las relaciones de unos con otros (Sison, 1994). Las teorías se emiten en relación a un objeto de estudio que está constituido por determinado(s) fenómeno(s) económico(s).

Concretamente, la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio nos intenta explicar y demostrar una relación entre distintos fenómenos de mercado: la estructura de mercado, la conducta empresarial y el performance de mercado. Así, la teoría de la eficiencia de Pareto nos demuestra que determinada estructura de mercado (competencia perfecta) es la situación más eficiente que puede existir en el mercado.

Por su parte, el método constituye el agregado de procedimientos utilizados por la investigación a fin de desarrollar la teoría. Siguiendo con el caso de la física, la observación empírica es uno de los métodos predominantes para el estudio del movimiento de los cuerpos. Lo mismo ocurre en el caso de la teoría del paradigma ECD para cuya determinación, como demostramos, se empleó el método empírico.

Por su parte, la metodología es el estudio de los métodos empleados y conlleva a una selección adecuada de métodos o técnicas concretas respecto de cómo se van a realizar las tareas asociadas a la investigación pues no todos los métodos son adecuados para todos los tipos de investigación científica. La metodología es sumamente importante pues ayuda a entender los fenómenos que estudiamos y las reglas de investigación que aplicamos en su estudio. **Asimismo, es vital porque el uso inadecuado de un método en concreto puede generar la inconsistencia de las más formales de las teorías.**

Igualmente, en economía, la metodología estudia la forma en que los economistas trabajan y aquella en que deberían hacerlo (Martin Navarro, 2003). La finalidad de la metodología en economía no es enseñar cómo hacer economía sino ayudar a pensar más claramente acerca de lo que significa hacer economía y entender mejor cuál es la práctica de la economía en todas sus diversidades (Caldwell, 1990). Si hacemos un símil con la religión, una persona no estudia religión o teología para ser más religioso sino la estudia para entender mejor el fenómeno. Así, en economía, la metodología no enseña a ser más economista pero sí a comprender mejor el fenómeno económico, lo cual, como el lector podrá notar, es neurálgico en una investigación científica, la cual tiene por objeto emitir teorías, y sobre todo para la implementación de políticas públicas, las cuales se apoyarán en teorías económicas.

Dicho esto, **afirmamos que la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio es equivocada desde un punto metodológico, toda vez que aplica un método -el empírico- que no resulta adecuado para el estudio de los fenómenos sociales de tipo económicos.**

Ahora bien, a efectos de demostrar nuestra hipótesis, es necesario ver qué implicancias tiene la aplicación del método empírico en la economía y, en particular, en la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso.

I. La búsqueda de regularidades

Como hemos apuntado antes, el método empírico consiste en la obtención de teorías mediante la realización de pruebas acertadas o erradas sobre el objeto de estudio. Es decir, la teoría es el resultado de la observación de los fenómenos y la aprehensión de las regularidades que se extraen de dicha investigación. En términos prácticos, a partir de casos concretos estudiados se permite la generalización y el estudio de los fenómenos.

El empirismo en el campo de la economía es ampliamente reconocido. Samuelson y Nordhaus (2010), dos economistas de la línea tradicional en economía y que hemos citado en el capítulo 1, sostienen en su estudio sobre el aspecto metodológico de la economía que el enfoque científico implica “observar las cuestiones económicas y obtener información de la estadística y de los registros históricos”. Los autores colocan como ejemplos cuestiones referidas al déficit presupuestal o las causas de la inflación, para las cuales “la investigación

histórica constituye una fuente abundante de ideas” dado que estos “planteamientos les permiten hacer amplias generalizaciones (...)”.

Concretamente, el empirismo, en el campo de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, implica que **las teorías científicas que sustentan dicha regulación se han obtenido a partir del estudio empírico de la información de mercado**. En efecto, como comentamos anteriormente, las teorías de mercado en competencia perfecta y en monopolio han sido formalizadas sobre la base del método empírico a partir del paradigma ECD.

En cuanto a la aplicación de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, según hemos apuntado antes, necesariamente, la agencia de competencia también recurre al método empírico a efectos de determinar cuándo se ha producido una configuración de la infracción. Ello implica que a partir de la data empírica la autoridad “comprueba” la hipótesis de que la empresa denunciada es dominante o que ha excluido a la competencia.

La insistencia en la primacía de la data física o empírica tiene un conjunto de implicancias graves, las cuales están relacionadas con la validez del estatus teórico de las proposiciones formuladas (Caldwell, 1980), como analizaremos más adelante.

II. La predicción

Considerando que el método empírico implica hallar regularidades o relaciones deterministas, entonces en la medida que estén presentes las mismas condiciones iniciales de la hipótesis, estas regularidades se cumplirán para otros casos, abriéndose la posibilidad a la predicción.

Por ejemplo, si un investigador estudia el movimiento de un cuerpo en una pendiente, en la medida que para cada caso siguiente se cumplan las mismas condiciones iniciales, el científico podrá predecir cuál será el comportamiento de este cuerpo en virtud de la experiencia pasada.

Desde esta perspectiva y siguiendo a Lipsey, una teoría deberá abandonarse cuando no sea capaz de predecir mejor que su alternativa las consecuencias de las acciones que estemos estudiando. Cuando esto ocurra se abandona la que peor prediga y se elige la alternativa que proporcione las mejores predicciones.

En el campo económico, según el método empírico, también se entiende que la predicción es factible en el estudio de los fenómenos de mercado y, en particular, en lo relacionado con el comportamiento de los agentes económicos. En efecto, las teorías económicas, desde la perspectiva metodológica empírica, son juzgadas por su capacidad predictiva. De la siguiente cita de un trabajo de Friedman (1986), uno de los economistas más representativos de la línea que criticamos, podemos apreciar lo señalado:

Considerado como un conjunto de hipótesis sustantivas la teoría debe ser juzgada por su poder predictivo para la clase de fenómenos que intenta explicar. **Solo la evidencia basada en los hechos puede indicar si es ‘correcta’ o ‘equivocada’ o, mejor dicho, ‘tentativamente’ aceptada como válida o ‘rechazada’. (...) la única prueba relevante de la validez de una hipótesis es la comparación de las predicciones con la experiencia. La hipótesis es rechazada si sus predicciones son contradictorias** (frecuentemente o más a menudo que las predicciones de una hipótesis alternativa), **es aceptada si sus predicciones no son contradictorias**, se le concede una gran confianza si ha sobrevivido a muchas oportunidades de ser contradicha. La evidencia fáctica nunca puede ‘probar’ una hipótesis, solamente puede fracasar en desaprobala, que es cuando decimos, de una manera algo inexacta, que **la hipótesis ha sido ‘confirmada’ por la experiencia.**

(Resaltado nuestro)

Es importante precisar que el valorar el estatus de una teoría por su nivel predictivo se denomina instrumentalismo (Caldwell, 1980b). Al respecto, Boland explica que las implicaciones metodológicas del instrumentalismo son que las teorías y los términos teóricos contenidos en ellas son solo instrumentos; que por lo tanto no tienen significado o son irrelevantes hablar de ellas como ciertas o falsas y que las teorías y sus partes constituyentes sólo pueden ser juzgadas por su adecuación que es usualmente medida por cuan bien sus predicciones son confirmadas por la data empírica.

Como hemos precisado, la regulación del abuso de posición de dominio, tanto en el plano teórico como de aplicación de política económica, en virtud del método empírico, asume que efectivamente la predicción en economía es posible.

En efecto, una de las razones más importantes de la aceptación de los modelos de mercado en competencia perfecta y en monopolio como criterios normativos para el análisis (o juzgamiento) del mercado es su capacidad predictiva. Por ejemplo, si una negativa injustificada llevada a cabo por un agente dominante conduce a una estructura monopólica, más allá de que puedan existir o no justificaciones, la teoría de la PES nos dice que en el mercado se generarán eficiencias. De igual manera, su aplicación concreta por parte de la agencia de competencia presupone que la autoridad está en capacidad de predecir los efectos de una presunta conducta empresarial sea que califique o no como una conducta de abuso de posición de dominio.

Por ejemplo, asumamos que una empresa es denunciada por negarse a suministrar determinados productos a su competidor sin justificación alguna. Para determinar la posición de dominio, la agencia de competencia se basa en las cuotas históricas de mercado del agente y los niveles de concentración de la industria. Si las cuotas son bastante altas en el tiempo, así como el HHI, en función a esta tendencia histórica, la agencia predice que el mercado permanecerá en dicha senda con lo cual puede concluir que el agente es dominante. Así, si se cumplen los demás requisitos la autoridad impone la multa correspondiente.

Debemos notar que si la autoridad no estuviese en capacidad de darle la categoría de certeza a dicha predicción, no podría sustentar la imposición de su medida correctiva. En otras palabras, si la agencia de competencia no pudiera afirmar que las condiciones son A, B y C en determinado momento en el mercado y que estas permanecerán en el tiempo, no podría justificar la imposición de la sanción o de las correcciones de las supuestas distorsiones.

Si es que la autoridad no estuviera en capacidad de hacer dichas predicciones, no podría emitir ninguna decisión de manera legítima.

D. ¿Por qué no se debe aplicar el método empírico para el estudio de las presuntas conductas de abuso de posición de dominio?

En el punto anterior hemos explicado como la aplicación del método empírico en economía y, en concreto, en la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, implica la búsqueda de regularidades en los fenómenos económicos y de la capacidad predictiva. Nuestra

hipótesis, y a lo que nos avocaremos en este punto, es que dicha aplicación es errada y ha llevado a los más importantes economistas a formular teorías y proponer políticas equivocadas.

La aplicación del método empírico en economía constituye un monismo metodológico. Esto es, la idea de que existe un solo método tanto para las ciencias sociales como para las ciencias naturales. Contrariamente a esta posición, afirmamos que lo que debe existir es un dualismo metodológico. Esta idea plantea que existen dos reinos del conocimiento: el reino de los acontecimientos externos, generalmente llamado naturaleza, y el reino del pensamiento o acción humana como parte de los fenómenos sociales (Mises, 2010) y que los métodos con los cuales abordamos los problemas en el ámbito de las ciencias naturales y biológicas tienen una diferencia de clase con los métodos que utilizamos para resolver los problemas de las ciencias de la acción humana (Sereano, 2004) (fenómeno social). Es decir, desde esta perspectiva dualista, el método para el estudio de las ciencias naturales (método empírico), no puede ni debe ser el mismo para abordar las ciencias sociales. **Ello, pues el objeto de estudio de las ciencias sociales presenta características distintas al objeto de estudio de las ciencias naturales y que hacen inaplicable al método empírico en dicho campo.**

En esta línea, Huerta de Soto (1990) sostiene que el monismo metodológico ha afectado especialmente a las ciencias sociales y, en concreto, a la economía, con nefastos efectos sobre los resultados de su investigación. Ello pues “la mayor parte de los economistas no ha podido evadirse de sus influencias y, creyendo que la utilización del positivismo [o método empírico] podría asegurarles una precisión y unos éxitos en los resultados semejantes a los alcanzados en las ciencias naturales, se han dedicado con ahínco a construir la economía utilizando unas bases metodológicas que le son totalmente ajenas.”

De acuerdo con lo anterior, para sustentar nuestra crítica metodológica, **es necesario demostrar que existen diferencias entre los objetos de estudio de las ciencias naturales y las ciencias sociales que hace que los métodos aplicados en cada campo deban que ser distintos.** Es decir, que existe “una diferencia fundamental entre el reino de hechos que investigan las ciencias naturales, y el reino de la acción humana que es el objeto de la ciencia económica y la historia (Mises, citado por Crespo, 1998).

A partir de ahí, podremos concluir que el comportamiento de los agentes económicos no puede ser estudiado así como si se estudiara cualquier fenómeno de la ciencia natural porque ello conduce a la

invalidez de teoría que se obtenga empleando este método. Como el lector podrá advertir, es nuestra intención demostrar que la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio adolece de error metodológico.

A continuación, trataremos las diferencias entre los objetos de estudio.

1) **En las ciencias sociales no existe regularidad**

Una de las grandes diferencias entre las ciencias naturales y las sociales es que en el objeto de estudio de las primeras **existe regularidad** en el comportamiento de las variables, mientras que en el objeto de estudio de las ciencias sociales, **no existe regularidad** (Cachanosky, 2000). Ello, como veremos, constituye una diferencia de clase importantísima que impide que se pueda emplear el mismo método de investigación.

Efectivamente, en las ciencias naturales el objeto de estudio tiene un comportamiento regular lo cual permite al investigador realizar experimentos de laboratorio. Esto es, testeos de hipótesis y realización de inferencias. Por ejemplo, cuando el investigador estudia cómo se comporta un cuerpo X ante cambios de temperatura, el investigador puede aislar el cuerpo en un ambiente especial y someterlo a distintas temperaturas (calor, frío, humedad, lluvias, etc.). En este modelo, el comportamiento de X es regular pues es un objeto inanimado y el investigador puede hacer cambios de otras variables. Así, en las ciencias naturales existe regularidad en el objeto de estudio porque los factores son controlables por el investigador.

En cambio, en economía, los objetos de estudio, a decir, la acción humana o el mercado, no denotan regularidad en su comportamiento. La razón de que no exista regularidad es que los agentes en el mercado (consumidores, empresarios, inversionistas, directores, etc.) **actúan en función a un fin subjetivo o preferencia**.

Esto es, mientras que el objeto de estudio de la economía actúa en función a fin, el objeto de estudio de las ciencias naturales solo reacciona por una causa. En efecto, el hombre, a diferencia de las cosas y los animales, al perseguir un fin en su actuar decide acerca del curso de su propio comportamiento y eso hace que el investigador no pueda “controlar” esta variable en un estudio de laboratorio. Ciertamente, las ideas que se generan en la mente humana no están determinadas de la manera en que lo están los fenómenos de la naturaleza sino que dependen de los fines subjetivos o preferencias que cada ser humano persigue. Si bien la presencia o ausencia de cierto factor puede

afectar de distintos modos las valoraciones de cada una de las personas y de una misma persona en distintos momentos, **los factores externos no determinan** las ideas y valoraciones y menos la acción en concreto del hombre.

Que la acción del hombre dependa de los fines subjetivos o preferencias que este persigue significa que el hombre es racional. Debemos señalar que nuestro modelo de hombre racional difiere de aquel modelo de hombre racional que es utilizado en los modelos de mercado en competencia perfecta y en monopolio, según el cual, el hombre es un mero tomador de precios y no tiene capacidad de decisión.

Nuestra hipótesis es que la racionalidad del hombre al actuar, implica que pueden decidir sobre su comportamiento frente a un determinado estímulo, no que todos actúen de manera idéntica. Ciertamente, dos personas pueden responder de manera distinta frente a una determinada situación. Y la misma persona también puede responder de diferentes maneras en momentos distintos frente a un mismo estímulo (Cachanosky, 2000). Incluso, si este estímulo fuera el precio o cualquier condición de mercado. Ello a diferencia del modelo de hombre racional de los modelos antes estudiados donde todos los hombres reaccionan de manera igual ante el precio y un cambio en el precio.

La acción humana, al estar guiada por fines subjetivos, está guiada por causas únicas que responden a las valoraciones subjetivas, únicas e irrepetibles en determinado tiempo y lugar.

La diferencia entre la acción humana como objeto de estudio de la economía y los objetos o animales como objeto de estudio de las ciencias naturales puede graficarse de otra manera. Los fenómenos de las ciencias naturales son causales, esto es, los animales o cosas responden a un estímulo específico, en tanto que la conducta humana no está determinada por causas o estímulos del pasado sino por objetivos o finalidades futuras y cuyos resultados no son conocidos (Cachanosky, 1985). En razón de ello es que no existe regularidad en el comportamiento y, por ende, la aplicación del método empírico resulta imposible.

Ahora bien, en la medida que el mercado está compuesto por miles de miles de acciones humanas que persiguen cada una sus fines subjetivos, el mercado es considerado un fenómeno de tipo complejo. Es por esta razón que el **investigador social no puede controlar todas las variables (los distintos comportamientos humanos) del estudio, puesto que estas dependen de los miles de miles de fines subjetivos de los agentes económicos en el mercado. Esta infinidad de variables**

hace que no existan regularidades en economía (“ceteris paribus”). Si una acción humana no es una variable controlable, la suma de estas tampoco lo será y, en consecuencia, el investigador no puede “testear su hipótesis” en el mercado a través de distintos estudios empíricos, haciendo imposible la obtención de leyes universales mediante este método.

En esa línea, Cachanosky (1985) sostiene:

Como se puede apreciar, el hecho de que los fenómenos sociales sean fenómenos complejos y singulares hace imposible la contrastación empírica de hipótesis y, por lo tanto, la obtención de teorías a partir del método empírico. En resumen, sin una observación *ceteris paribus*, i.e., con variables controladas, es imposible refutar y mucho menos probar proposiciones.

En las ciencias naturales, los objetos de estudio son inertes y no tienen capacidad de decisión. Por ello es que sí se pueden realizar generalizaciones a partir del estudio de muestras y, más aún, contrastar hipótesis. Es decir, en este campo la regularidad es esencial para contrastar hipótesis en las ciencias naturales (Cachanosky, 1985) cuestión que no ocurre con la acción humana y menos en el mercado ya que en este, es imposible controlar todas las variables.

Supongamos, por ejemplo, que un gobierno determina fijar en un país A, el precio del pan en 20 céntimos cuando el precio de mercado era de 15 céntimos. La teoría indica que las personas pagarán por el producto según sus valoraciones, con lo cual podría producirse una demanda insatisfecha debido a la existencia de personas que valoraban el producto menos de 20 céntimos. Como contraargumento, los científicos empíricos podrían señalar en los países B, C y D, donde se ha llevado a cabo de dicha fijación de precios, no se ha producido ninguna demanda insatisfecha. En consecuencia, alegarían, no son verdaderas las consecuencias teóricas que se indican respecto de dicha política de fijación de precios generaría una demanda insatisfecha.

Al respecto, para que las aseveraciones de los empíricos sean correctas, las condiciones de mercado en el país A, B, C y D debieran ser las mismas, de manera que podríamos extrapolar las conclusiones de un estudio a otro. Ello implica que las valoraciones de las personas en cada uno de los mercados debe ser exactamente la misma en intensidad y temporalidad. Es decir, todos los consumidores en todos estos países deben valorar el pan de igual manera. Solo así, podremos

afirmar si es que un incremento en el precio del pan en 5 céntimos genera o no una demanda insatisfecha. De otro modo, podríamos indicar que si en los países B, C y D no se ha producido demanda insatisfecha no es porque la teoría esté equivocada sino porque se puede afirmar que los consumidores en estos países valoran en mayor intensidad el pan que en el país A y por ello están dispuestos a pagar un precio más alto.

Ahora bien, ¿cómo impacta lo señalado en la teoría subyacente a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio?

Como hemos indicado, el paradigma ECD corresponde a una relación determinista que se obtuvo a raíz de distintos estudios empíricos en los que se “demostró” que el performance del mercado dependía de la estructura del mismo. Esta relación determinista se formalizó en los modelos de competencia perfecta y monopolio.

En virtud a nuestra crítica a la aplicación del método empírico en economía, ¿podríamos dar por cierto que en todos los mercados existentes es una ley universal que mientras más concentrada es una industria, mayores son los beneficios empresariales? Para que ello sea así, i) cualquier nivel de concentración de una industria debería representar lo mismo en cualquier mercado y en cualquier periodo (V.g. que cinco empresas en el mercado de telefonía representa un mercado tan competitivo como si existieran 5 taxistas en el mercado de taxis); y ii) las tasas de beneficio empresarial deberían representar lo mismo para todos los agentes en el mercado (V.g. la ganancia del 3% es una ganancia razonable en cualquier industria sin importar los niveles de inversión o el tiempo para recuperarla). Sin embargo, ello no es así.

Con respecto a i), cabe señalar que hay industrias en las cuales la existencia de 7 empresas podría considerarse como un mercado poco concentrado, mientras que las 7 empresas en otro tipo de industrias podrían considerarse como un mercado altamente concentrado. En realidad, los niveles de concentración de una industria dependen de la necesidad de las economías de escala en la producción, las que a su vez, dependen en última instancia de la preferencia de los consumidores. En efecto, hay bienes y/o servicios cuya producción ha requerido economías de escala porque el consumidor así lo ha valorado mediante sus preferencias de compra (quieren pagar menos), mientras que otros bienes y/o servicios no han requerido dichas economías porque el consumidor se considera bien atendido con el estatus actual de la producción. Como se puede ver, para que los niveles de concentración de una industria sean homogéneos en todos los mercados (regularidad necesaria para que se pueda emitir la ley de causalidad entre los niveles de la industria y las tasas de

beneficio), es necesario que todos los consumidores valoren de igual manera todos los bienes y/o servicios puesto que es el última instancia esta valoración lo que determina la necesidad de industrias concentradas o no. Sin embargo, como hemos dicho, en el mercado los consumidores no tienen la misma escala de valoraciones. Para todos no es tan urgente el bien A mientras que el bien B sí. Incluso, y si así lo fuere, nada garantice que ello no cambie en el futuro. Al no existir esta regularidad, entonces no se puede extrapolar la ley determinista de causalidad entre los niveles de concentración de la industria y el performance del mercado.

Con respecto a ii), es evidente que una tasa de beneficio empresarial de 5% no es lo mismo en una industria donde la inversión es de cien mil dólares, que otra donde la inversión necesaria es de cien millones de dólares. Incluso, no es lo mismo una tasa de beneficio empresarial de 30% en un mercado donde el retorno tarde en madurar 1 año que en uno donde tarde 7 años. En efecto, el capitalista, como cualquier agente económico, tiene una escala de valoraciones subjetiva e individual, la cual no es homogénea para todas las industrias y ni en la misma industria. Para que las tasas de beneficio sean homogéneas, debe suceder que los empresarios deben tener la misma escala valorativa por sus inversiones y que los consumidores valoren exactamente de la misma manera todos los bienes pues los niveles de beneficio y el tiempo de retorno de un capitalista en un mercado libre, dependen en última instancia de cuánto valoren los consumidores el bien y/o servicio en cuestión. Sin embargo, ello no es así. Los capitalistas tienen sus propias escalas valorativas y los consumidores también la suya. No es lo mismo la valoración que tenían los consumidores por la empresa Apple hace 30 años que la valoración hoy en día, pues, a pesar de que los niveles de concentración de la industria tecnológica se han mantenido, las preferencias de los consumidores han cambiado con el tiempo. Al no existir regularidad en lo que significa las tasas de beneficio de una industria, entonces no se puede extrapolar la ley determinista de causalidad entre los niveles de concentración de la industria y el beneficio empresarial.

Como se puede apreciar, en el mercado, el científico no puede controlar y, en consecuencia, aislar las variables “tasas de beneficio” y “niveles de concentración” porque estos factores dependen en última instancia de las preferencias subjetivas e individuales de los millones de agentes económicos en el mercado. Por ello, las conclusiones obtenidas de los estudios que son base del paradigma ECD sólo pueden ser aplicables a esos casos en concreto tratados por los economistas de la Organización Industrial y no sobre otros. Es decir, no porque en determinadas industrias con una estructura de mercado concentrada, las tasas de beneficio hayan sido más altas, significa que la estructura de mercado en general, determine el performance del mismo para todas las industrias.

Entonces, si es que no es cierto que exista una relación determinista entre la estructura de mercado y el performance del mismo, encontramos una primera falencia en la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

En efecto, prohibir las conductas de abuso tiene por objeto que el mercado se conduzca a uno en competencia perfecta. Si es que no está demostrado que esta estructura garantice el performance de mercado adecuado o deseable, entonces la política de regulación del abuso de posición de dominio resulta errada pues se apoya en pilares que no son necesariamente ciertos.

Ahora bien, no sólo las bases teóricas de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio son equivocadas por emplear el método empírico sino la propia aplicación de dicha teoría por parte de la agencia de competencia, resulta errada pues emplea el mismo método para analizar el comportamiento de los agentes e imponer sanciones. Veamos.

En primer lugar, debemos considerar que cuando verifica la comisión de una conducta de abuso de posición de dominio la agencia de competencia impone multas. Para ello, debe **tener certeza** de que se ha cometido dicha infracción pues no sería legítimo que se imponga una multa sobre la base de probabilidades. ¿Cómo es el proceso de comprobación? Es netamente empírico.

En efecto, para poder sancionar una conducta, la agencia de competencia tiene que **probar** que la empresa denunciada ostenta posición de dominio y que la conducta no tiene una justificación objetiva. Para hallar la posición de dominio, es necesario identificar un mercado relevante. Este es definido según las variaciones de las preferencias del consumidor ante cambios en el precio del bien. Para obtener las pruebas de dichas variaciones, la agencia contrasta las variaciones de precios y consumo de los productos en otros países o en otras épocas, recurriendo a estudios o encuestas de mercado.

Para que dicho método sea válido, debe ocurrir que los agentes económicos del mercado respecto del cual se investiga la conducta y aquellos en el mercado respecto del cual se contrasta, deben tener la misma escala de preferencias y esta debe ser estable. No obstante, como venimos afirmando, no existe tal regularidad en las preferencias y, por lo tanto, no es factible afirmar que porque en un mercado o en un periodo se haya tenido una alta preferencia respecto de un bien, ello vaya a dar en otro mercado.

En lo que respecta a las justificaciones objetivas, la metodología es la misma. Por ejemplo, uno de los elementos que se analiza como justificación de una exclusividad es que esta no tenga un plazo muy prolongado o que la empresa dominante haya realizado inversiones de manera que se intente evitar el *free riding* por parte de sus competidores. Para analizar que estas justificaciones **sean ciertas**, y no meros intentos de encubrimiento de la ilicitud, la agencia de competencia recurre a otros casos internacionales en los que se puede haber determinado que, por ejemplo, exclusividades mayores a 3 años resultaban lesivas para la competencia o que una inversión de 1 millón de dólares justificaba una exclusividad mientras que una de medio millón no.

Para que un plazo de 3 años resulte eficiente en todas las industrias, todos los riesgos que implica una exclusividad deben ser similares para todos los agentes económicos. Ciertamente, comprometerse en exclusiva por determinados años con un agente representa determinado grado de incertidumbre pues podrían estar perdiéndose otras oportunidades de ganancia. En ese sentido, si es que 3 años fuera siempre lo eficiente, todos los agentes deberían tener la misma aversión al riesgo. Por ejemplo, debería dar igual una exclusividad de 3 años entre un centro comercial y un restaurante que una exclusividad por 3 años entre un cine y una marca de gaseosas. No obstante, cada industria tiene sus particularidades pues las valoraciones de los agentes económicos varían en cada industria, por cada tipo de bien y/o servicio.

En cuanto a los niveles de inversión como justificante de una exclusividad a fin de evitar el *free riding*, debemos indicar que ello tampoco se puede estudiar desde un enfoque empírico. Ciertamente, no hay un nivel predeterminado de inversión que pueda servir a la agencia de competencia “demostrar” que la exclusividad está justificada. Los niveles de inversión dependen de distintos factores y varían de industria a industria dependiendo de las necesidades de los consumidores, las cuales también son heterogéneas y cambiantes en cada mercado.

Como se puede apreciar, la información de contraste que utiliza la agencia de competencia no puede evidenciar nada respecto de otro mercado. Cada información empírica utilizada por la agencia de competencia responde a circunstancias particulares de tiempo y lugar con otros agentes con sus propias escalas valorativas. En este proceso metodológicamente errado, la agencia de competencia adopta sus decisiones, ignorando que el humano, objeto de estudio de la economía, toma decisiones subjetivas y cambiantes que no pueden servir como estándar de sanción.

Por tanto, la agencia de competencia hierra en emplear el método empírico para sustentar su teoría de la comisión de un abuso de posición de dominio e imponer sanciones a los agentes.

No queremos dejar de indicar que no afirmamos que los estudios empíricos sean totalmente inútiles en economía. Sin duda creemos en su utilidad y si no fuera así, no existirían empresas que se dediquen a la investigación de mercados. Más adelante, veremos cuál es la utilidad de este tipo de estudios. Lo que no es posible, y queremos dejar bien en claro, toda vez que se trata de fenómenos complejos, es extraer teorías sobre la base del método empírico y con ello justificar sanciones a los agentes.

En efecto, el problema es que la agencia impone sanciones y, para ello, debería hacerlo sobre la base de un método que le permita extraer teorías ciertas. Sin embargo, cuando realizamos análisis de mercado empleando el método empírico, no obtenemos teorías sino opiniones subjetivas. Es decir, todo el análisis que emite la agencia de competencia en sus decisiones, no tienen un base teórica adecuada pues constituyen opiniones o interpretaciones propias del mercado, sujetas a refutación, que de ninguna manera justifican la imposición de sanciones.

Es importante señalar que el hecho de que en economía no puedan obtener teorías empleando el método empírico no se debe a la carencia de métodos adecuados de medición sino que en economía no existen relaciones constantes o regularidades y, por tanto, no es posible medida alguna. Efectivamente, en economía, todos son variables. Los precios, por ejemplo, son el resultado de las valoraciones subjetivas de los agentes. Las series de precios, es información de historia económica (estadística) sobre las diferentes valoraciones subjetivas de los agentes en determinadas circunstancias de tiempo y lugar. A futuro, no dicen nada en sentido teórico. Siendo así, no existe una herramienta que le permita a la agencia de competencia, como suele hacer para determinar elasticidades o efectos anticompetitivos, juzgar un incremento de precio como negativo o positivo. Por lo menos no en el sentido teórico del término. Es decir, toda la evaluación de mercado que realiza la agencia de competencia sobre el mercado, incluso empleando técnicas modernas econométricas, finalmente es un análisis histórico (Huerta de Soto, 1990) subjetivo o, como veremos más adelante, de tipo empresarial sobre las distintas variables económicas, pero no es un análisis teórico y objetivo que permita generar una teoría válida para imponer sanciones.

En conclusión de este sub acápite tenemos que:

- ✚ No existen relaciones constantes o regularidades en economía que permitan obtener leyes a partir del método o testeo empírico. Ello se debe a que los agentes económicos son teleológicos. Es decir, actúan en función a sus propios fines los cuales son de carácter subjetivo y desconocidos de manera externa a ciencia cierta.

- ✚ Si no existen relaciones constantes en economía, entonces el paradigma ECD, hallado en función al método empírico, no es necesariamente cierto y, en consecuencia, la estructura de mercado no define el performance del mismo necesariamente.
- ✚ En consecuencia, la búsqueda de un mercado atomizado o el impedir mercados de estructura monopólica como finalidad de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no constituye un fundamento teórico adecuado.
- ✚ La falta de relaciones constantes en economía hace que la labor de aplicación de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio por parte de la agencia de competencia no de cómo resultado teorías válidas. Esta tarea constituye interpretaciones subjetivas sobre fenómenos complejos que solo tienen el estatus de opinión y, como consecuencia, no legitima la imposición de sanciones a los agentes económicos.

2) En economía no se pueden realizar predicciones científicas

Anteriormente comentamos sobre el carácter instrumental de la ciencia económica que actualmente se reconoce. Al respecto, como apuntamos, el instrumentalismo implica que los economistas juzgan una teoría cuando los resultados de sus predicciones coinciden con la realidad y, cuando la predicción falla, se suele culpar a la falta de data o carencia de métodos¹².

La finalidad predictiva de una teoría económica es un enfoque que también está implícito en la teoría de regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, esta teoría parte de la idea de que la estructura de un mercado permite predecir cuál será su performance. Es decir, que se puede predecir cuál es el resultado sobre la eficiencia social de determinadas estructuras de mercado.

En ese mismo sentido, la aplicación de la política de las conductas de abuso de posición de dominio por parte de la agencia de competencia también parte de la asunción de que es factible predecir en

¹² El economista Joseph Stiglitz, por ejemplo, sostiene que “aunque una de las preocupaciones fundamentales de la economía moderna es averiguar la magnitud de la respuesta (El impacto de una política en la sociedad), por ejemplo, de la inversión a los incentivos fiscales, del consumo a la modificaciones de los tipos de impuesto sobre la renta, del ahorro a la subida del tipo de interés, etc. es lamentable que algunos estudios que utilizan diferentes datos y diferentes técnicas estadísticas, lleguen a conclusiones distintas. Quizá se resuelvan algunas de estas discrepancias a medida que los economistas obtengan más datos y desarrollen mejores técnicas para analizar los pocos existentes (Stiglitz, 2000, p. 71).

economía. Por ejemplo, la autoridad asume que es perfectamente posible predecir cuáles son las condiciones de mercado que permanecerán o no estables en el futuro (determinado nivel de participación de las empresas, determinados niveles de precios, imposibilidad de entrada de competidores al mercado, etc.) de manera que sirvan como condiciones dadas y permanentes para determinar cuándo se ha producido un caso de abuso de posición de dominio.

Es importante insistir en el hecho de que la agencia de competencia no emite únicamente opiniones sobre el comportamiento de los agentes sino que emite decisiones sobre la base de teorías supuestamente ciertas las cuales le permiten imponer sanciones.

Nuestro objetivo en este punto es demostrar que en economía no se pueden realizar predicciones de carácter científico. Con ello demostraremos que el paradigma ECD, fundamento teórico de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, no tiene una base cierta y que la aplicación de la regulación de dichas conductas no resulta legítima.

La base de la idea de que en economía es posible realizar predicciones es la existencia de regularidades en el mercado. En efecto, realizar predicciones implica elegir datos históricos económicos y, a través de distintas técnicas, deducir qué es lo que ocurrirá en el futuro con el comportamiento de los agentes. Detrás de esta metodología empírica está la idea de que las variables se pueden controlar o mantener constantes y a partir de ahí predecir cómo se comportarán otras variables en el futuro, al igual que el estudio físico del movimiento de los cuerpos que ejemplificamos anteriormente (Cachanosky, 2000).

La técnica utilizada comúnmente para realizar predicciones en economía es a través del uso de las matemáticas en campos como la estadística o la econometría. Ciertamente, una predicción no es otra cosa que la aplicación de una función matemática, en donde se tiene un conjunto de datos de origen y un conjunto de datos de imagen relacionados por la función. A efectos de graficar esta idea, podemos partir de una función simple $F(x) = y$, donde “x” son los valores del conjunto origen e “y” son los valores del conjunto imagen y para todo $F(x)$ hay un sólo valor de “y”. El conjunto origen son los datos económicos del presente o pasado, mientras que el conjunto imagen son los datos que se intentan predecir (datos del futuro). Por ejemplo, para analizar cuál será el precio de las viviendas en determinado año, se halla la función de crecimiento de los precios $F(x)$ y para determinado periodo, se aplica dicha función, obteniendo el precio preciso (y). Otros métodos menos sofisticados de predicción provienen de la simple evaluación de las series históricas, tendencias o estacionalidad (predicciones de tipo cualitativo).

Ahora bien, como hemos apuntado, para que la labor de predicción sea fructífera, resulta necesario que los datos de origen se comporten de manera regular, lo cual hemos demostrado es incorrecto.

Ahora bien, no solo es necesaria la regularidad de los datos de origen sino que para que una predicción sea cierta deben cumplirse los siguientes presupuestos (Huerta de Soto, 2000):

- a) Los elementos del conjunto origen deben ser constantes (regulares),
- b) Los elementos del conjunto imagen deben estar dados y deben ser constantes, y
- c) Las correspondencias entre los elementos de uno y otro conjunto deben estar dadas.

Empero, ninguno de los supuestos se cumple en economía puesto que los datos en este campo, y que corresponden al conjunto origen y conjunto imagen, jamás están dados o son constantes. Ello es por una razón: **los datos en economía consisten en miles de acciones humanas que responden cada una a los distintos fines subjetivos e individuales de los hombres.**

Por ejemplo, si se tiene una serie histórica de precios, los precios corresponden a las valoraciones de los hombres con respecto a determinados bienes en determinadas circunstancias de tiempo y lugar. Así, para poder hacer un cálculo de cuánto será el precio de una vivienda en diez años, debiera cumplirse que: las valoraciones subjetivas con respecto al bien vivienda debe ser el mismo para todos los hombres y que estas permanecerán constante en el futuro. Sin embargo, como sabemos, las valoraciones son cuestiones subjetivas e individuales y sobre todo cambiantes.

¿Cómo se traduce lo aseverado al campo de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio? Veamos.

La aplicación del paradigma ECD implica que a partir de los datos de la estructura de un mercado es posible predecir su performance. El supuesto más simple es el de un mercado infinitamente atomizado, a partir del cual se puede predecir que el performance del mercado será el más eficiente posible. **Sin embargo, según sostenemos en este punto, dicha predicción no es científicamente correcta en tanto que las condiciones de la estructura del mercado presentes y futuras no pueden permanecer invariables y tampoco existe una correspondencia entre las condiciones actuales de mercado y el performance futuro del mismo.**

Por ejemplo, para predecir cuál será la cuota de mercado de una empresa en seis meses, es necesario que dichas preferencias sean homogéneas y estables a lo largo del tiempo, dado que en última instancia, de este dato depende la cuota de mercado de una empresa.

No obstante, como venimos afirmando, la preferencia de los consumidores no es constante u homogénea. Siendo así, la agencia de competencia no tiene como saber científicamente cuánta cuota de mercado tendrá una empresa en el futuro y, en consecuencia, tampoco podrá afirmar **científicamente** cuestión alguna respecto del poder de mercado de una empresa en el futuro. Nótese que resulta necesario que la agencia de competencia tenga certeza científica con respecto a dicho poder puesto que solo así podrá imponer sanciones de manera legítima.

Analicemos un caso en concreto. Una empresa que se dedica a la producción de cemento es acusada de imponer exclusividades sobre una red de distribución de sus productos, impidiendo que un entrante en la producción de cementos pueda utilizar dicha red. Para que la denuncia tenga asidero, debe suceder que esa red de distribución no es repetible actualmente ni en el futuro para que así se pueda considerar que al impedir el acceso a la misma hoy a la empresa denunciante, se la está excluyendo del mercado. ¿Cómo la agencia de competencia determina que dicha red es irrepetible? Haciendo un estudio del estado actual de cosas, por ejemplo, de lo costoso que implica desarrollar una red desde cero, (datos del conjunto de origen) y proyectando el estado futuro de cosas, por ejemplo, que en el corto plazo no resulta razonable llevar a cabo dicha inversión (datos del conjunto imagen).

Para hacer esta proyección, la agencia de competencia recurre a toda clase de información empírica que apoye su predicción. Para que esta predicción sea científicamente factible, es necesario que las valoraciones de los consumidores con respecto a dicha red de distribución sean homogéneas e invariables de manera que se pueda controlar esta variable y someterla al análisis empírico. De otro modo, es decir, si se reconociera que las valoraciones son cambiantes, la agencia de competencia no podría controlar esta variable y, en consecuencia, no podría tener certeza de cómo será valorada dicha red en el futuro. Esto es, sin el control sobre dicha variable, la autoridad no está en capacidad de afirmar si tal red es neurálgica para competir en el mercado ahora o en el futuro y, en consecuencia, tampoco estaría en capacidad de determinar si se ha cometido un abuso de posición de posición de dominio. **Sin embargo, dicha capacidad de control sobre la variable preferencia de los consumidores no resulta factible.** En virtud de ello, no es posible realizar predicciones científicas en el análisis de las conductas de abuso de posición de dominio.

Además, debemos tener en cuenta que la predicción que realiza la agencia de competencia implica dos aspectos críticos. De un lado, asumir que existen regularidades en economía, lo cual hemos demostrado que no es correcto. De otro lado, hacer una predicción en economía implica practicar

una selección de las variables actuales relevantes de mercado. Esto es, de las variables que afectarán la predicción. Es importante precisar que esta selección de variables se realiza en función a criterios arbitrarios y subjetivos por parte de la autoridad y no de manera técnica. Por ejemplo, cuando se quiere analizar la tendencia de las cuotas de mercado de una empresa en el futuro, la agencia de competencia “elige” un periodo determinado anterior a efectos de hacer la proyección. Sin embargo, ¿por qué se elige tal periodo y no otro? En realidad, no existe un criterio técnico para dicha elección. Ello, por ejemplo, se refleja cuando la agencia de competencia para analizar una conducta basa su decisión en determinados informes económicos, dejando de lado otros sin un criterio objetivo para dicha elección. Este carácter subjetivo o arbitrario de la elección de los datos del conjunto origen causa que una predicción no tenga una base científica u objetiva que permita a la agencia de competencia tener certeza respecto de los elementos que componen una conducta de abuso de posición de dominio e imponer una sanción de manera legítima.

Asimismo, debemos precisar que no se trata de mejorar las técnicas económicas para elegir estas variables pues muchas de estas no están dadas en el mercado. **Es factible que los factores que afecten las variables futuras aún no se hayan creado en el mercado.** Como sostiene Huerta de Soto (2000), “lo que suceda mañana no puede conocerse científicamente hoy, pues depende en gran parte de un conocimiento e información que aún no se han generado empresarialmente y que hoy todavía no pueden saberse”. Como muestra, podemos analizar el caso de la agencia de competencia norteamericana que se manifestó en contra de una posible fusión de la empresa Blockbuster porque tendría “mucho poder de mercado”, siendo que años después la compañía quebró.

En virtud de ello es que también cuestionamos que en la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio se asuma que se puedan hacer predicciones con carácter de certeza, puesto que si las variables son elegidas de manera arbitraria y subjetiva, entonces los datos del conjunto imagen también serán subjetivos, restando legitimidad a la facultad de la agencia de competencia para imponer una sanción.

Siendo así, no es científicamente cierto que: (i) a partir del análisis de una estructura actual de un mercado se pueda predecir el performance del mismo, con lo cual, nada objetivo se puede decir con respecto a la existencia de un mercado eficiente o con PES; y, (ii) la agencia de competencia pueda predecir cómo será el comportamiento de las variables en el análisis de una conducta de abuso de posición de dominio dado el carácter cambiante de las preferencias de los agentes económicos, por lo que no resulta legítimo la imposición de sanciones ante una denuncia de abuso.

De esta manera, encontramos otra falencia en los fundamentos teóricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, la cual se deriva de la aplicación de un método incorrecto de investigación (el método empírico).

Debe tenerse en consideración que la predicción en economía que criticamos es aquella hecha por la agencia de competencia, la cual hace pasar como científica y técnica, y que sirve como instrumento para sancionar a los agentes en el mercado, cuando en realidad es una interpretación subjetiva. **No criticamos las predicciones que aquellas predicciones que realizan los empresarios y que son empleadas para por estos para enfrentar la incertidumbre en el mercado.**

Si bien este punto será profundizado más adelante, consideramos importante señalar que, en efecto, la predicción en economía sí tiene un espacio importante cuando es practicada por los agentes económicos. Este tipo de predicciones constituyen formas útiles de interpretar la realidad social. Acá, los empresarios interpretan las condiciones pasadas y actuales de mercado a fin de conocer o tener una idea de las condiciones futuras de mercado. El empresario requiere para dicho ejercicio de una teoría previa y de un juicio de relevancia no científico ni objetivo para elegir la data de mercado y las técnicas convenientes. Por ello, los métodos y resultados de las predicciones empresariales varían de uno a otro agente por lo que este tipo de predicción, más que una ciencia, es considerada como un arte (Huerta de Soto, 2000) y se afirma que el empresario que mejor acierte a la predicción será el que tenga mejor éxito en el mismo.

Por ejemplo, un empresario no sabe cuánta capacidad debe tener su planta para poder atender el mercado en determinado momento. Sobre la base de sus criterios subjetivos, el empresario realiza un juicio de valor y actúa eligiendo factores de producción según la estimación de precios que realice. Esta predicción de tipo empresarial sirve para responder a la pregunta ¿Cómo satisfacer mejor la demanda del consumidor de manera que no se produzca una “mala asignación de recursos”, reconociendo que no hay manera científica ex ante de saberlo?

El empleo de tipo de predicción empresarial –no científica- no es objeto de crítica de este punto.

Como conclusión de este punto:

- ✚ No es posible realizar predicciones científicas en economía (ciertas) dado que la naturaleza cambiante y subjetiva del objeto de estudio no permite la existencia de regularidades.

- ✦ Siendo así, no es necesariamente cierto que dada una estructura, se pueda anticipar objetivamente el performance del mercado (paradigma ECD).
- ✦ Tampoco es cierto que la agencia de competencia pueda predecir objetivamente cómo se comportarán las variables en el mercado, con lo cual, se deslegitima su facultad de imponer sanciones a los agentes económicos.

3) La interpretación de los fenómenos económicos

Otra de las razones por la cual consideramos que resulta errada la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición dominante, es porque al basarse en el método empírico, las conclusiones obtenidas respecto de las referidas conductas por parte de la agencia de competencia solo tienen el estatus de interpretaciones subjetivas y no de científicas, según explicaremos a continuación.

Como hemos apuntado anteriormente, el método empírico en economía se basa en la observación de hechos o fenómenos económicos a fin de obtener leyes de carácter científico, como es el caso del paradigma ECD.

Un requisito para la aplicación del método empírico es que los fenómenos objeto de estudio sean en principio observables pues sólo así se permite la experimentación. De hecho, la posición reconocida hoy en día es que la ciencia económica sólo debe sostenerse en fenómenos que son observables pues explicar un fenómeno económico apoyándose en cuestiones no observables, tales como las motivaciones del subconsciente o estados introspectivos de la mente, se consideran especulaciones metafísicas¹³. Por ello, los economistas recopilan la data estadística a fin de observarla, estudiarla, modelarla y obtener las teorías económicas.

Sin embargo, el requisito antes indicado no se cumple. En efecto, **los hechos que son objeto de investigación en ciencias sociales, esto es, la acción humana o el mercado, no son directamente observables.** A diferencia de los fenómenos de las ciencias naturales que sí son directamente observables, la acción humana es un fenómeno que está determinado por las intenciones o

¹³ Una muestra de ello es Harberger quien concluye su trabajo sobre la PES señalando que el análisis del efecto de distribución (ingresos psíquicos) es un asunto que pertenece a la metafísica. Como veremos más adelante, esta aseveración es falaz pues un modelo en economía correctamente entendido y realista incluye este elemento que existe en la acción humana.

preferencias de los agentes económicos lo cual no es un aspecto directamente observable. Por ello, para estudiar la economía o el comportamiento de los agentes en el mercado, uno no puede basarse en la observación desde un punto de vista físico sino tiene que basarse en interpretaciones de las intenciones de los agentes.

Tratemos una institución económica para explicar nuestra posición. Desde el punto de vista económico, el dinero es considerado como un medio de intercambio. Para arribar a tal conclusión, el científico social ha tenido que interpretar el uso del dinero en función a las intenciones de los agentes económicos. Esto es, ha tenido que interpretar, utilizando sus conocimientos teóricos, que los agentes económicos lo utilizan para un fin específico: como medio de intercambio. Si basara su análisis en la observación empírica, tendríamos una definición del dinero poco útil para la ciencia económica dado que para la observación, el dinero es únicamente una pieza de un tipo de mineral.

El científico, durante el proceso de interpretación de una acción humana en concreto, emplea sus conocimientos teóricos y sus juicios de valor. Ciertamente, sea para comprender el pasado (como historiador económico) o para tomar una decisión para el futuro (como empresario), para interpretar un fenómeno económico en concreto u ocurrido, el investigador emite juicios de valor para **elegir cuáles son los datos relevantes, el significado de cada uno de estos y las relaciones entre ellos. Este juicio de valor o también denominado juicio de relevancia, por definición, es subjetivo y arbitrario pues depende de los sesgos del observador, ideologías, experiencia pasada, perspectivas, y sobre todo, del bagaje teórico que este posea.** En ese sentido, toda interpretación que se erija sobre las bases de estos juicios de valor no tiene el estatus epistemológico de una teoría objetiva sino que se trata de una interpretación histórica o una predicción empresarial, según esté referida al pasado o al futuro. Es decir, constituye una apreciación subjetiva con respecto al fenómeno económico.

Por eso se afirma que las ciencias sociales deben construirse no en términos empíricos, sino en función de las intenciones de las personas que actúan; es decir, el método de las ciencias sociales debe ser, por su propia naturaleza teleológico o finalista (Huerta de Soto, 1990).

Caldwell (1980) plantea una serie de razones por las cuales la aplicación del método empírico resulta inadecuado en las ciencias sociales a efectos de obtener una ley científica: 1) en los fenómenos económicos no existe distinción clara entre lo que es observable y lo que no; 2) **cualquier observación empírica requiere de la selección e interpretación del observador, y ambas actividades están influenciadas por los sesgos del observador, intereses, perspectivas,**

experiencias pasadas, y resultados anticipados; 3) la interpretación de los fenómenos económicos está cargada de la teoría previa que maneje el científico social.

En suma, la aplicación del método empírico para el estudio de los fenómenos económicos no permite obtener leyes científicas dado que la observación en este campo está cargada de los juicios subjetivos y arbitrarios del observador; y, además, por la teoría que este maneje, todo lo cual puede variar según cada observador. Más bien, la aplicación del método empírico en economía da como resultado interpretaciones subjetivas que poco legitimarían a la agencia de competencia imponer sanciones.

Ahora bien, al igual que en el punto anterior, consideramos oportuno señalar que no precisamos que el método empírico sea totalmente fútil en el campo de la ciencia económica. Creemos en su utilidad, no obstante, queremos reconocerle el verdadero estatus epistemológico de las conclusiones obtenidas a partir del empleo de dicho método, esto es, son juicios subjetivos y arbitrarios y su éxito depende de cuán correcto sea el bagaje teórico científico del científico y cuán acertada sea la interpretación de los fenómenos económicos.

¿Qué implica ello de cara a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio? Veamos.

En primer lugar, como hemos señalado antes, la determinación del paradigma ECD ha sido obtenido sobre la base del método empírico, lo cual implica la observación de los fenómenos económicos. De hecho, los trabajos de los economistas de la organización industrial son trabajos de análisis estadístico de información de historia económica. A partir de ahí, sostenemos que dicho paradigma no tiene el estatus epistemológico de una teoría científica sino que constituye una interpretación subjetiva de los economistas de la Organización Industrial. Es decir, no existe, o al menos no está demostrado científicamente, que exista una relación determinista entre la estructura de un mercado y el performance del mismo. Con ello, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio se queda sin sustento pues no existiría razón por la cual la agencia de competencia deba apuntar a que el mercado constituya una estructura desconcentrada.

Ahora bien, además de sostener que la interpretación de los fenómenos económicos para la obtención del paradigma ECD es subjetiva, sostenemos que la interpretación que se hace con respecto a los fenómenos económicos que sustentan dicho paradigma es errada. Ello por las siguientes razones:

- i) Una estructura de mercado concentrada no es “causa” de un mal performance del mercado sino que es la consecuencia de la existencia de barreras legales en el mercado o de que los empresarios vienen atendiendo correctamente a los consumidores por lo que han ganado sus preferencias (fenómeno conocido como la soberanía del consumidor); y,
- ii) La tasa de beneficio empresarial no es sinónimo de un mercado ineficiente dado que este factor tiene un doble papel importante: de un lado, demuestra una alta preferencia por los bienes y/o servicios que ofrece la empresa ‘concentrada’ (los consumidores pagan precios más altos) y, de otro lado, el beneficio empresarial es el incentivo que empuja a los empresarios a innovar en el mercado y, darle una connotación negativa implica distorsionar el sistema económico.

Como se puede apreciar, los fenómenos económicos se encuentran sujetos a distintos tipos de interpretación si se estudian desde la perspectiva empírica. Estas interpretaciones dependen de juicios de valor y del bagaje teórico del científico. En el caso del paradigma ECD, no es una teoría científica objetiva pues la subjetividad con la que se eligieron algunos datos en este estudio (v.g. niveles de concentración) y se excluyeron otros (v.g. presencia de barreras legales a la entrada o la preferencia del consumidor), hace que carezca de objetividad y, además, resulta errada porque no se manejaron conceptos teóricos necesarios como la soberanía del consumidor o el papel del beneficio empresarial en el sistema económico.

Siendo así, cabe preguntarse sobre la validez de este paradigma como sustento de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. Desde nuestra posición, dicho paradigma no constituye un sustento adecuado dado su real estatus epistemológico.

Ahora bien, cuando la agencia aplica la regulación de las conductas de posición de dominio ante una denuncia o un caso de oficio, al tratarse en estricto de un proceso de observación de fenómenos complejos, **esta no es ajena a la emisión de los juicios de relevancia, los cuales son por definición son subjetivos y arbitrarios.**

Por ejemplo, para definir un mercado relevante, la agencia de competencia debe elegir cuáles son los bienes y/o servicios que a su juicio son sustitutos desde la perspectiva de un consumidor. Esta definición va a depender de la experiencia pasada que tengan los funcionarios de turno de la autoridad de competencia así como de sus preferencias personales, entre otros factores. Es evidente que esta elección es subjetiva y arbitraria, y, en lo absoluto, reviste de carácter técnico u objetivo.

Adviértase que la definición del mercado relevante es un aspecto clave para la definición de una conducta de abuso de posición de dominio y, en consecuencia, para imponer sanciones.

Igualmente, para analizar una justificación en un caso de exclusividad, la agencia de competencia debe analizar el plazo impuesto en el contrato. Si el plazo es “razonable” entonces no genera efectos anticompetitivos significativos. No obstante, si el plazo es muy extenso, entonces se genera una restricción seria. Algunas veces, para medir de manera más técnica la razonabilidad, la agencia de competencia se basa en el monto de la inversión realizada y una tasa de retorno. Al respecto cabe señalar que este análisis no es objetivo sino que depende del juicio de relevancia de la agencia de competencia respecto de en qué momento se considera que una inversión ha sido recuperada o cuánto considera como un monto de rentabilidad razonable.

Lo mismo sucede cuando la agencia de competencia analiza cualquier posible justificación que se plantee como defensa ante una acusación de abuso de posición dominante. En este caso, el INDECOPI analizará cada justificación interpretando plazos, montos pactados, inversiones realizadas, etc., aplicando sus propios juicios de valor respecto de las intenciones de los agentes económicos.

En esa línea, CABANELLAS reconoce que el ejercicio de interpretación de la normativa de libre competencia requiere, entre otros elementos, un juicio de valor sobre cuáles son las metas a que debe aspirar la sociedad en el campo de la producción e intercambio de bienes y servicios; así como juicios fácticos relativos a los efectos que cabe esperar de determinadas conductas económicas. Así, por ejemplo, desde el punto de vista valorativo, una conducta puede ser considerada conveniente porque permite una más igualitaria distribución del ingreso, aun cuando inhiba el crecimiento del producto nacional; desde el ángulo fáctico, puede por ejemplo, argumentarse que una oferta excesivamente atomizada no se presta a que las distintas empresas que la conforman realicen inversiones destinadas a mejores técnicas (Cabanellas, 2005).

En virtud de lo expuesto, consideramos que la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no resulta adecuada puesto que el paradigma ECP no se encuentra demostrado científicamente y las conclusiones a las que arriba la agencia de competencia respecto la conducta son interpretaciones arbitrarias y subjetivas, por lo que no resulta legítimo imponer una sanción sobre dicha base.

Además de lo expuesto, debemos tener en cuenta que los fenómenos objeto de interpretación son fenómenos complejos. Ello complica aún más el proceso de interpretación y sin lugar a duda genera que la interpretación de los fenómenos sea aún más subjetiva, dificultando de esa manera la observación o aplicación del método empírico. HUERTA DE SOTO resume las peculiaridades de los fenómenos complejos que impiden la aplicación del método empírico de la siguiente manera: “primero, del inmenso volumen de información de que se trata; segundo, por la naturaleza de la información relevante (diseminada, subjetiva y tácita); tercero, por el carácter dinámico del proceso empresarial (no se puede transmitir la información que aún no ha sido generada por los empresarios en su proceso de constante creación innovadora); y cuarto, por el efecto de la coacción y de la propia «observación» científica (que distorsiona, corrompe, dificulta o simplemente imposibilita la creación empresarial de información) (Huerta de Soto, 2000).

2.6 Conclusión Preliminar

Habiendo identificado la imposibilidad del empleo del método empírico en las ciencias sociales para la obtención de teorías de carácter científico y demostrado el verdadero estatus epistemológico del análisis por parte de la agencia de competencia respecto de una conducta de abuso de posición dominante, corresponde más adelante que propongamos un método de investigación alternativo que 1) corresponda al objeto de estudio y 2) como consecuencia, nos brinde un mejor análisis de los fenómenos económicos.

CAPÍTULO 3: LA FALTA DE REALISMO DE LA TEORÍA QUE SUSTENTA LA REGULACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Como ha quedado evidenciado en el capítulo anterior, la aplicación del método empírico en economía requiere específicamente de ciertos presupuestos o presunciones sobre el objeto de estudio los cuales no se verdaderos, siendo ello así reconocido por los defensores de la regulación de la política de libre competencia.

No obstante, en el afán de la búsqueda de regularidades, de métodos de predicción y, en general, de la aplicación del método empírico a fin de obtener leyes científicas en la economía, los economistas optaron por adecuar el objeto de estudio al método de investigación en lugar de aplicar un método que se condiga con los fenómenos económicos. Ello llevó a que el objeto de estudio en la economía, a decir, fenómenos económicos tales como la acción humana o el mercado, sean modificados a fin de parecerse a los fenómenos de las ciencias naturales, al punto de intentar transformar a la economía a una ciencia similar a la mecánica (Crespo, 1998), para así aplicar el método empírico.

En efecto, esta insistencia ha llevado a que el objeto de estudio de la economía esté constituido, ya no por las reales acciones del hombre en el mercado, sino por los modelos irreales de mercado en competencia perfecta y en monopolio, que constituyen la base de la teoría de la eficiencia paretiana, lo que a su vez ha justificado la política de libre competencia. **Es decir, estos modelos irreales han servido como criterio normativo para juzgar las acciones reales en el mercado (V.g. aquellos denominados abusos de posición de dominio).**

Además de tener una base metodológica incorrecta, desde un punto de vista epistemológico, **sostenemos en este punto que el empleo de los modelos de mercado en competencia perfecta y en monopolio, así como la teoría de la eficiencia de Pareto, no permiten una adecuada comprensión de los fenómenos reales de mercado y, en particular, de aquellas conductas consideradas como abuso de posición de dominio.** En consecuencia, demostraremos que cuando la agencia de competencia juzga aquellas conductas empresariales tipificadas como abuso de posición de dominio sobre la base de modelos que no se condicen con la realidad está procediendo de manera indebida y hasta contraproducente.

En ese sentido, este capítulo tiene por finalidad: 1) demostrar las razones por las cuales juzgar la realidad económica con modelos y teorías irreales es inadecuado; y, 2) demostrar cómo es que todos

aquellos aspectos de la realidad que los modelos de competencia perfecta y monopolio pasan por alto, generan que estos enfoques no permitan una adecuada comprensión del mercado.

Tratando estos puntos, demostraremos que la falta de realismo de la teoría subyacente a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio ha llevado a que dicha política se erija sobre unos pilares inadecuados. A partir de ahí, siendo que las bases teóricas no sólo son inadecuadas desde el punto de vista metodológico sino epistemológico, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio deben ser reformuladas.

3.1. No se pueden juzgar los fenómenos económicos sobre la base de modelos irreales

Como ha sido objeto de crítica en el capítulo anterior, para la mayor parte de los economistas, la finalidad de la ciencia económica es desarrollar teorías que permitan la predicción económica. No obstante, hemos demostrado que dicha finalidad es de imposible consecución. Nuestro planteamiento inicial es que la finalidad de la ciencia es la elaboración de teorías que expliquen los fenómenos reales (Caldwell, 1980b). Es decir, la finalidad es encontrar teorías que expliquen las relaciones causales que permitan explicar cómo funciona el mundo (Cachanosky, 1995).

En ese sentido, tratándose del campo económico, la tarea apropiada de los científicos sociales es buscar teorías que expliquen la acción humana real y sus distintos patrones que son por sí mismos constitutivos de ese orden de la actividad humana denominado como mercado (Madison, 1994).

En esa línea Coyne y Boettke (2006) señalan:

(...) el rol de la teoría económica es identificar y elaborar leyes y utilizarlas para explicar hechos económicos complejos. Es decir, el economista debe ser capaz de explicar la cadena de consecuencias para determinadas ocurrencias. Por ejemplo: si X ocurre, entonces ocurre Y, posteriormente, ocurre Z, etc. El economista es como un estudiante que está principalmente abocado al estudio de cómo funciona determinado fenómeno económico para así comprenderlo y establecer determinadas leyes económicas (Coyne y Boettke, 2006, pp. 58-60).

Si el científico social se centra en la predicción, es factible que en algún momento pueda tener éxito en dicha tarea. Sin embargo, se ignorará que existen causas que explican el resultado de la predicción, incluso cuando esta es acertada o no, dado que las técnicas econométricas o

correlacionales no explican estas relaciones causales. Esto es, la correlación entre fenómenos es distinto a la causalidad. Mientras la correlación puede afirmar, por ejemplo, que mientras que subió la demanda de combustible también subió la demanda de vehículos, la causalidad explica las razones por las cuales se incrementaron cada una de las demandas. Así, la causalidad trata sobre cómo explicar o hallar las causas de determinados fenómenos.

El no buscar teorías explicatorias de los fenómenos conduce a que el economista no vaya en búsqueda de la verdad puesto que cierra la posibilidad de descubrir las causas reales y verdaderas de los fenómenos económicos. Solo mediante la búsqueda de las causas de los fenómenos económicos, la ciencia contribuye a una mejor comprensión del mundo.

Ahora bien, además de la búsqueda de una explicación verdadera de los fenómenos económicos, proponemos que las teorías deben estar referidas a fenómenos reales. Es decir, además de que los científicos deben buscar la verdad detrás de los fenómenos económicos, las teorías científicas explicatorias deben referirse a fenómenos reales, esto es, entidades realmente existentes y no fenómenos inexistentes.

Solo en esa medida, las teorías económicas podrán ser juzgadas como ciertas o falsas, de acuerdo a como corresponden a, o explican lo que existe en el mundo real (Caldwell, 1990).

Una teoría sobre fenómenos irreales podrá explicar los fenómenos de un mundo irreal de manera verdadera, pero del mundo real no podrá afirmarse lo mismo puesto que los supuestos de partida son distintos. Es decir, el hecho de que una teoría sea verdadera, no implica que necesariamente sea real, y, en consecuencia, no necesariamente nos explicará fenómenos reales.

Ahora bien, ¿por qué las teorías tienen que estar referidas a fenómenos económicos reales? Porque las teorías, como hemos indicado en la parte inicial del presente trabajo, nos indican cuáles son los límites y restricciones en la aplicación de las políticas económicas. Así, si las teorías económicas no son reales puesto que se han erigido sobre supuestos ideales, **entonces no tienen capacidad de servir como coto a la política económica la cual es aplicable a un mundo real.**

En efecto, la política económica pertenece al campo de la economía normativa y, en consecuencia, es la teoría económica la que la sustentará y señalará qué vías son adecuadas para los fines deseados. Sin embargo, si esta teoría es irreal, es decir, no aplicable al mundo real, entonces no

servirá como sustento para una política real y, en consecuencia, **dicha política carecerá de justificación al no poderse demostrar que mediante la misma se cumplan los fines deseados.**

A partir de este punto, el lector podrá ir intuyendo que si los modelos de competencia perfecta y de monopolio representan modelos irreales y la teoría de la eficiencia de Pareto se apoya en estos, entonces esta teoría nada nos puede decir acerca del mundo real y, en particular, de las conductas consideradas como abuso de posición de dominio. En consecuencia, queda en tela de juicio su validez como teoría y, en consecuencia, como justificación de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

Sobre el particular, consideramos que la teoría de la eficiencia de Pareto puede ser una teoría verdadera dentro de los modelos irreales de competencia perfecta y monopolio. Sin embargo, esta teoría no explica nada del mercado real. Cuando los defensores de la política de libre competencia señalan que “sólo una economía que opera en condiciones de competencia perfecta puede lograr una óptima distribución de los recursos de la sociedad entre las distintas actividades económicas” (Cabanellas, 2005), en realidad no están hablando de una sociedad real. Al ser teorías que no se apoyan en supuestos realistas, entonces su aplicación al mundo real, es decir, la aplicación de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio resulta cuestionable.

Para que la teoría de la eficiencia de Pareto sea aplicables al mundo real, debe desarrollarse sobre un modelo de mundo, por ejemplo, de incertidumbre y no de conocimiento perfecto, de preferencias heterogéneas y no de preferencias homogéneas, de preferencias cambiantes y no de preferencias estables, de fines aún no descubiertos y no de fines dados, etc.

A pesar de lo señalado, para los economistas defensores de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, el hecho de que sus teorías sean irreales no ha sido óbice para cuestionar la validez de dicha política. Cabanellas (2005) describe esta situación claramente:

(...) la integración entre derecho y las ciencias económicas [en el derecho de la libre competencia] responde a dos motivos fundamentales. Por un lado, la política antitrust está destinada a proteger una forma de comportamiento que puede ser llamado competencia. Este se trata de un determinado modo de actuar de la vida económica, de un marco de conductas relacionadas con la producción de bienes y servicios, que la LDC busca tutelar, **sancionando las conductas que se alejan de esa imagen, abstracta o ideal, de lo que debe ser la libre competencia.** (...) estos conceptos no son claros y existen

discrepancias entre lo que constituye lo normal, razonable, práctico o conveniente. Es decir se encontrarán en cada caso con un marco de posibles soluciones, dentro del cual deberá decidirse sobre la base de valoraciones de índole extra científica (Cabanellas, 2005, p. 46)

(Resaltado propio)

Otros autores, reconociendo que son modelos ideales, también reconocen su empleo:

Un modelo convencional que utilizan muchos economistas supone que la información y la competencia son perfectas: todas las empresas y las personas son tan pequeñas desde el punto de vista de la economía que los precios que pagan por lo que compran y reciben por lo que venden no dependen de lo que individualmente hagan. **Aunque la mayoría de los economistas reconoce que la información y la competencia son imperfectas, algunos creen que el modelo de la información y la competencia perfectas constituye una representación de la realidad suficientemente aproximada para que sea útil;** (...)

(Stiglitz, 2000, p. 26)

(Resaltado propio)

Como se puede apreciar, los economistas tradicionales que usan los modelos de equilibrio para condenar la realidad reconocen que el mundo dista de esos modelos irreales. A pesar de ello, no tienen la menor duda respecto de su utilidad para juzgar el accionar empresarial mediante la aplicación de mandatos legales.

Desde el enfoque que pretendemos mostrar mediante este trabajo, el mercado real es el que debe ser objeto de la economía. Este mercado debe ser visto como un proceso de descubrimiento empresarial que, al erosionar con la incertidumbre de mercado, tiende sistemáticamente a la coordinación de los planes de los agentes económicos. Sin embargo, un estado de coordinación plena nunca se alcanzará, dada la naturaleza cambiante de las circunstancias que los individuos enfrentan. La diferencia con el enfoque tradicional no se limita sólo a una cuestión de énfasis en los aspectos reales del mercado que son ignorados o a una cuestión de metodología, sino que **genera prescripciones normativas muy distintas en la evaluación de los diversos órdenes institucionales** (Sarjanovic, 1989). Ciertamente, desde nuestro enfoque teórico desarrollado a partir de la acción humana y un modelo de mercado real, a diferencia de la teoría de la eficiencia de

Pareto, contruidos a partir de los modelos de competencia perfecta y de monopolio, la política de regulación del abuso de posición de dominio, resultará poco sostenible como veremos más adelante.

Así, nuestro objetivo es que la economía debe ser reconstruida sobre una base realista. Ello implica que debemos establecer qué tipos de entidades, estructuras y procesos económicos existen realmente, y explicar convincentemente cómo las teorías económicas los representan, así como ilustrar cómo los estudios empíricos son consistentes con dichas prescripciones realistas (Caldwell, 1990).

Si los economistas tienen por tarea estudiar un mercado real donde los agentes económicos interactúan, entonces no se debe distorsionar ese ambiente situacional con la finalidad de amoldar la realidad al método. **Si las herramientas no son lo suficientemente flexibles para lidiar con el problema, entonces, en lugar de cambiar el problema es mejor emplear otras herramientas o métodos de análisis** (Boettke, 1996).

- **Contra el argumento de que las teorías de competencia y de monopolio son una simplificación de la realidad**

Según mostramos, los economistas tradicionales que defienden la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio reconocen que los supuestos sobre los que descansa la teoría de la eficiencia de Pareto (mercado en competencia perfecta y en monopolio) son ideales. No obstante, argumentan que tales modelos son simplificaciones de la realidad que ayudan a entender el mundo complejo y que, por ello, la teoría de la eficiencia de Pareto sí cumple su labor como criterio normativo. Es decir, dicha teoría de eficiencia sí justifica la política de regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

En esa línea, Arrow y Hahn (1977) sostienen:

Es natural y justificado que nos preguntemos si esta investigación de una economía aparentemente tan alejada del mundo real es algo que valga la pena. Podemos contestar en la forma acostumbrada, llamando la atención sobre la naturaleza enormemente compleja del material que estudian los economistas y sobre la necesidad correspondientemente urgente de simplificación y, por tanto, de abstracción (Arrow y Hahn, 1977, pp. 3 - 4).

Al respecto, consideramos importante señalar que **una cuestión es simplificar la realidad y otra distinta es distorsionarla**. Efectivamente, la simplificación es una herramienta metodológica útil y necesaria para comprender los fenómenos complejos, como es el caso del mercado o la acción humana. No obstante, la distorsión de la realidad, que es lo que constituye el modelo en competencia perfecta y monopolio, es un mecanismo distinto. La simplificación, por ser una abstracción, no tiene que ser irreal. En cambio, una distorsión sí es irreal y no puede ser empleada como justificación de una política económica.

Huerta de Soto (2000), en esa misma línea, sostiene:

Frente a este argumento, tan comúnmente utilizado, [cabe indicar que] una cosa es que un supuesto sea simplificado y otra, muy distinta, es que el supuesto sea completamente irreal. Lo que [se hecha] en cara a [economistas que defienden los modelos de competencia perfecta y de monopolio] no es que sus supuestos sean simplificados sino, precisamente, que son contrarios a la realidad empírica de cómo se manifiesta y actúa el ser humano (...). Es, por tanto, la irrealidad (y no la simplificación) esencial de los supuestos la que tiende (...) a hacer peligrar la validez de las conclusiones teóricas que éstos creen alcanzar en el análisis de los diferentes problemas de economía aplicada cuyo estudio emprenden (Huerta de Soto, 2000, p. 58)

Como hemos indicado, una cuestión es simplificar la realidad y otra es distorsionarla. La diferencia radica en que la simplificación, correctamente efectuada, constituye una abstracción realista y una simplificación, incorrectamente efectuada, a decir, una distorsión, constituye una abstracción irrealista. Nos explicamos.

Los fenómenos económicos constituyen fenómenos complejos por la realidad cambiante, heterogénea y por la imposibilidad de aprehenderlos sin una teoría previa y juicios de valor. En ese sentido, no existe una mente que sea capaz de estudiar el fenómeno económico sin emplear un modelo que recoja los principales elementos de dicho fenómeno complejo dejando de lado otros menos relevantes. Por tal razón, la abstracción es importante para entender el mundo complejo y las relaciones que rigen el mundo dada nuestra mente es limitada.

Al abstraer los elementos relevantes para construir el modelo económico y explicar la realidad, puede realizarse una abstracción realista o una abstracción irrealista. La abstracción realista consiste recoger todos los elementos importantes sin precisar que los otros elementos no relevantes para el modelo no existen. La abstracción irrealista consiste en recoger todos los elementos importantes pero precisar que otros elementos no relevantes no existen. La primera abstracción me sirve para teorizar y explicar el mundo real mientras que la segunda no me sirve para teorizar sobre el mundo real. Ello quiere decir que, no porque una abstracción por definición no contenga todos los elementos relevantes de la realidad compleja, no significa que sea irrealista (Long, 2006).

Tratemos un ejemplo sumamente básico. Si un científico estudia el movimiento de un vehículo, éste puede abstraer el objeto de estudio y modelar una categoría abstracta “vehículo”. Para ello, no precisa algún peso en particular. El vehículo no deja de ser real porque no se precise su peso. No obstante, si el científico precisa que el vehículo no tiene peso, dicha abstracción es irreal porque no puede existir un objeto sin peso.

En economía sucede algo similar. Si el científico modela la acción humana para hacerla su objeto de estudio, afirmar que la misma se produce o es causada por los fines o preferencias subjetivas, individuales y cambiantes de los hombres, es un enfoque distinto a señalar que el hombre es un ser racional con preferencias homogéneas y estables, según sea planteado como parte de los modelos de competencia perfecta y de monopolio. En el primer enfoque solo se está precisando que el hombre actúa en función a una preferencia subjetiva e individual mientras que en el segundo enfoque se está precisando que todos tienen las mismas preferencias o fines. El primer enfoque es real y el segundo enfoque es irreal porque no es verdad que las preferencias sean homogéneas e invariables. Así, el primer enfoque podría ser útil para explicar el fenómeno económico reales mientras que el segundo solo es útil para explicar los modelos de competencia perfecta y de monopolio pero no el fenómeno económico real. En consecuencia, el segundo enfoque no podría servir como sustento para una política económica, como es el caso de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

En esa línea, Boettke (1996) sostiene:

(...) la abstracción hecha sería defectuosa si pasa por alto la característica fundamental de la realidad económica y si el análisis de la situación radicalmente simplificada nunca apuntara hacia su propia modificación de tal manera que eventualmente el problema verdadero pueda ser abordado. Las simplificaciones radicales son permitidas en ciencia en la medida que no vayan en contra de la esencia del problema dado (Morgenstern citado por Boettke, 1996).

Nuestra posición es que los modelos de mercado en competencia perfecta y en monopolio **niegan elementos del mercado real y que estos elementos negados son esenciales para comprender el funcionamiento del mercado real.** Es decir, estos modelos constituyen distorsiones de la realidad en lugar de simplificaciones. Por tal razón, difícilmente son aplicables al mundo real. Estos modelos pueden ser lógicamente coherentes y formalmente elegantes –permitiendo la aplicación del método empírico–, pero no trabajan en términos de iluminar las preguntas básicas y reales de economía, como por ejemplo, la formación de los precios, la incertidumbre, la tendencia o no hacia el equilibrio, la naturaleza de la innovación, la función empresarial, la diferenciación, el cambio, etc. Más adelante, ampliaremos esta afirmación en detalle.

En esa misma línea, se sostiene que la demostración de eficiencia paretiana se realizó con tantos supuestos irreales introducidos por pura conveniencia matemática que hace que dicha teoría no pase de ser un buen ejercicio mental pero sin ninguna capacidad de explicar el funcionamiento real del mercado (Baumol citado por Cachanosky, 1996).

En conclusión, no es lo mismo una simplificación que una distorsión. La primera es útil para la comprensión de los fenómenos económicos reales, mientras que la segunda niega la existencia de elementos reales, impidiendo una adecuada comprensión de la realidad. A partir de ahí podemos afirmar que **la teoría de la eficiencia de Pareto parte de modelos distorsionados de la realidad y, como tal, es cuestionable su utilización como justificación de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.** Ello es

más grave aún porque los elementos cuya existencia niega son vitales para la adecuada comprensión del mercado como veremos en este acápite.

- **La utilidad de los modelos irreales**

Es importante señalar que el proceso de abstracción irrealista, si bien no puede utilizarse como fundamento teórico de una política al mundo real, sí es una herramienta útil en la investigación. Es decir, el problema no son los modelos irreales en sí, sino no comprender cuál es su verdadera utilidad.

Realizar una abstracción que niegue específicamente la existencia de un elemento real es útil para comprender cuál es la función que cumple dicho elemento dentro del modelo que representa el fenómeno complejo. En esa línea, Boettke () sostiene que un modelo ideal es una construcción teórica destinada a iluminar ciertas cosas que pueden ocurrir en la realidad (Boettke, 1997). Las conclusiones que se obtengan a partir de dicho estudio no sirven para emitir prescripciones normativas. Sin embargo, sirve para comprender la importancia de dicho elemento en la realidad fenoménica y complementar otras teorías.

En ese orden de ideas, si hemos señalado que los modelos de equilibrio base de la teoría de la eficiencia de Pareto son modelos irreales, entonces debemos analizar cuál es su verdadera utilidad o qué es lo que nos permite comprender. Para ello, debemos concentrarnos en los elementos de la realidad cuya existencia son negados por dichos modelos. Por ejemplo, el modelo de competencia perfecta niega la existencia de heterogeneidad e inestabilidad de las preferencias. A partir del estudio de una economía sin heterogeneidad e inestabilidad, podemos comprender la verdadera importancia de la innovación empresarial. En efecto, ¿cuán importante es la innovación empresarial en un mercado donde todos los agentes económicos tienen las mismas preferencias? Ninguna, pues en dicho contexto no es necesario innovar. Sin embargo, a partir de un modelo económico que niegue la heterogeneidad de preferencias y su inestabilidad no se puede emitir una prescripción normativa del mundo real puesto que una política económica que pase por alto la importancia innovación empresarial en el mercado podría generar consecuencias contraproducentes.

Es de señalar que históricamente el estudio de los modelos irreales de equilibrio permitió a los economistas describir como sería el mundo en la ausencia de imperfecciones tales como la incertidumbre y el cambio (aspectos no considerados en los modelos de competencia

perfecta y de monopolio). Ello pues el valor descriptivo de tales modelos irreales ha descansado precisamente en su apartamiento de la realidad observada y por su resalte de la función de los elementos cuya existencia se niega. Sin embargo, en virtud de un equivocado intento por formalizar la economía como una ciencia natural por parte de los economistas tradicionales, se han utilizado los modelos de equilibrio como estándares para criticar la realidad y sostener que la que perfección estática puede ser sostenible cuando ello no es así según hemos demostrado hasta este punto (Boettke, 1997).

Como conclusión, podemos señalar lo siguiente:

- ✚ El proceso de abstracción de los modelos para concebir teorías económicas es necesario para efectos de comprender el fenómeno económico real en la medida que este es un fenómeno completo. Sin embargo, no es lo mismo una abstracción realista que una irrealista, la primera sirve para entender el fenómeno económico complejo, la segunda no.
- ✚ No se puede juzgar el fenómeno económico real sobre la base de teorías construidas a partir de supuestos irreales pues ello genera consecuencias no esperadas o incluso contraproducentes.
- ✚ Se pueden utilizar supuestos irreales para entender la importancia de determinados los fenómenos económicos pero no bastan por sí solos como sustento teórico para el diseño de una política económica.
- ✚ La teoría de la eficiencia de Pareto se sostiene en modelos que constituyen abstracciones irreales o distorsiones de la realidad y, en consecuencia, su empleo como sustento de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio queda en duda.

3.2. Los Aspectos Cruciales de la Realidad Fenoménica que Niegan los Modelos de Competencia Perfecta y de Monopolio

Como hemos señalado en el punto anterior, los economistas tradicionales distorsionaron el objeto de estudio a fin de amoldarlo al método empírico de investigación. Como resultado, el objeto de estudio dejó de ser la acción humana real para pasar a ser los modelos irreales de mercado en competencia perfecta y en monopolio. A partir de estos modelos se construyó la teoría de la eficiencia de Pareto, justificando así la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

No obstante, hemos demostrado, esta construcción teórica se sustenta **es una distorsión de la realidad y como tal, es cuestionable su utilización como justificación de la referida regulación.**

Asimismo, indicamos que los aspectos negados por los modelos de competencia perfecta y de monopolio constituyen elementos cruciales para comprender el funcionamiento del mercado real y, en particular, aquellas conductas denominadas como abuso de posición de dominio.

En ese orden de ideas, en este acápite demostraremos cómo es que estos modelos de equilibrio distorsionan la realidad económica y enfatizaremos en aquellos elementos negados por tales modelos pero que en realidad permiten comprender adecuadamente la naturaleza de las fuerzas que posibilitan la coordinación de las actividades económicas en un mundo real (Sarjanovic, 1989). A partir de ahí, podremos evidenciar más claramente que los modelos de mercado en competencia perfecta y en monopolio no constituyen fundamento teórico adecuado para la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio pues no permiten comprender la verdadera naturaleza de aquellas conductas.

A. Contradicciones lógicas internas de los modelos de competencia perfecta y de monopolio

Como hemos señalado, la aplicación del método empírico en economía tuvo como consecuencia la distorsión del objeto de estudio y, a partir de estos modelos distorsionados, se desarrolló la teoría de la eficiencia de Pareto. Ahora bien, sin perjuicio del carácter irreal de estos modelos, lo mínimo que se puede exigir para la validez una teoría económica, es que los modelos en los que se sustenta mantengan lógica y coherencia interna. Si es que estos modelos no cumplen con ello, entonces la teoría económica no será cierta. Es decir, si los modelos no son coherentes dentro de sus propios términos metodológicos y epistemológicos, entonces debemos rechazar las teorías que se deriven a partir de ahí.

Boettke (1995), en esa línea argumentativa, sostiene:

(...) al evaluar un sistema de pensamiento, lo primero y ante todo que puedo examinar es si es internamente consistente (crítica inmanente). Si sus partes constituyentes no encajan juntas, entonces he demostrado una debilidad en la estructura teórica que debe ser corregida (Boettke, 1995, p. 1995).

En virtud de lo anterior, a partir de sus propios presupuestos metodológicos y epistemológicos, en este punto demostraremos que los modelos de mercado en competencia perfecta y monopolio, sobre los cuales se han construido los fundamentos teóricos de la regulación del abuso de posición de dominio, presentan contradicciones internas insuperables.

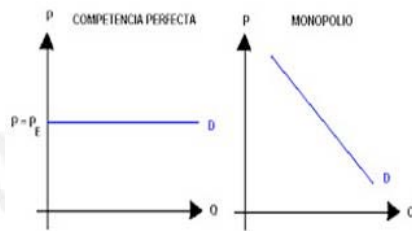
Al respecto, en la sección inicial de este trabajo, tratamos sobre los modelos de competencia perfecta y de monopolio. Sobre el modelo de monopolio, apuntamos que la curva de demanda que enfrenta la empresa monopolista tiene pendiente negativa mientras que la que enfrenta la empresa en competencia perfecta es horizontal (perfectamente elástica). Es decir, en el modelo de competencia perfecta, las empresas son tomadoras de precios y cada una enfrenta una porción muy pequeña de la curva de demanda. Sobre el particular, presentamos dos críticas.

En primer lugar, desde el punto de vista matemático, no es consistente afirmar que la curva de demanda que enfrenta una empresa monopolista es de pendiente negativa mientras que la que enfrenta una empresa en competencia perfecta es horizontal o “perfectamente” elástica. En efecto, tratándose de un mismo mercado (producto), ello no es posible matemáticamente. Si cada una de las empresas en competencia perfecta enfrenta una demanda horizontal, entonces la demanda total del mercado, que es la que enfrenta la empresa monopolista en ese mismo mercado, no puede ser una curva convencional de pendiente negativa sino una horizontal. Ello porque la pendiente de una función de demanda, la cual es el resultado de la sumatoria de varias funciones de demanda, es igual a la sumatoria de las pendientes de las funciones que la componen. Esto es, si se suman varias pendientes horizontales –demanda que se enfrenta en competencia perfecta-, ello solo puede dar como resultado una demanda con pendiente horizontal –demanda que debería enfrentar la empresa monopolística, no obstante los modelos, ello no es así.

Es decir, teniendo como referencia el Gráfico 5, no es posible obtener una función de demanda agregada del producto con pendiente negativa (curva D) a partir de la sumatoria de demandas que tienen pendiente cero. **La sumatoria de demandas con pendiente negativa o cero da como resultado una demanda total que también tiene pendiente cero, o sea, horizontal al eje de las “q” (recordemos que la demanda total del mercado es la sumatoria de la demanda individual).** Es decir, no es posible una situación como la que a continuación se describe:

Gráfico 9
Imposibilidad de los modelos de competencia perfecta y de monopolio

CURVA DE DEMANDA QUE ENFRENTA UN OFERENTE INDIVIDUAL

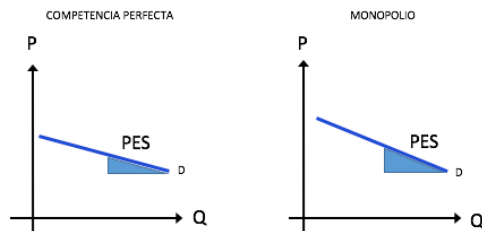


Lo señalado tiene consecuencias importantes y que afectan significativamente a la teoría de la eficiencia de Pareto y, en consecuencia, a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

Si la demanda individual en un mercado de competencia perfecta no puede ser horizontal, sino de pendiente negativa, entonces la demanda en competencia perfecta es igual a la demanda en monopolio, donde la empresa competitiva producirá hasta el punto donde su IMg es igual a su CMg, según se aprecia en el siguiente gráfico:

Gráfico 10
Demanda real que enfrenta una empresa perfectamente competitiva

CURVA DE DEMANDA QUE ENFRENTA UN OFERENTE INDIVIDUAL



Así, cualquier mercado en competencia perfecta también presenta PES. A partir de ahí, resulta cuestionable que la política de regulación de las conductas de abuso de posición de dominio tenga por finalidad que el mercado real tienda a un mercado en competencia perfecta cuando este también genera PES.

Esta crítica también puede ser enfocada de otra manera. Una curva de demanda perfectamente elástica u horizontal es una función igual a un número constante. Si sumamos en pos de hallar la demanda agregada total de mercado, funciones constantes (V.g. $Y = 3$), el resultado debe ser otra función constante. Sin embargo, el resultado, de acuerdo a los modelos de competencia perfecta y de monopolio, es una función con pendiente negativa, a decir, con una variable dependiente y otra dependiente (precio y cantidad). En una función de esta naturaleza, al haber dos variables, por ejemplo, $f(x) = y$, para cada tantos valores de “x” habrán tantos valores de “y”, y no un número constante (precio) como ocurre con la empresa en competencia perfecta tomadora de precios, según los fundamentos económicos criticados.

Así, estamos demostrando que no existe consistencia entre los modelos de competencia perfecta y de monopolio, tanto a nivel individual como a nivel agregado. Para ser consistentes con el modelo de mercado agregado, la curva de demanda total que enfrenta una empresa en competencia perfecta debe ser de pendiente negativa o la demanda que enfrenta una empresa en monopolio debe ser horizontal.

Si la demanda agregada que enfrenta la empresa en monopolio es horizontal, entonces un monopolio puro produce tantas unidades como un mercado en competencia perfecta dado que su ingreso marginal no varía si produce más o menos (es también tomadora de precios) lo que equivale a decir que la curva de ingreso marginal coincide con la curva de demanda y por ello, con la curva de costo marginal. Es decir, habría los mismos efectos que en un mercado en competencia perfecta.

Si, por otro lado, una empresa en competencia perfecta enfrenta una curva de pendiente negativa, deja de ser cierto que para este tipo de empresas el precio sea igual al ingreso marginal. ¿Por qué? Si la curva de demanda es pendiente negativa entonces la empresa sí tiene influencia en el precio (una unidad adicional varía el precio de mercado). Si tiene esta influencia, entonces la pendiente de su ingreso marginal es mayor que la curva de demanda. Así, como empresa racional, si produce hasta que su ingreso marginal se iguale a su costo marginal, en ese punto, el precio será superior. De esa manera, haciendo la sumatoria del comportamiento individual de cada una de las

empresas en competencia perfecta, el resultado agregado es el mismo que el que se lograría en el caso de un monopolio (a igualdad de estructura de costos) (Cachanosky, 1996).

Al ser así, considerando que lo que se critica del modelo de monopolio es que “los efectos de mala asignación de recursos parten de una diferencia entre el costo y precio marginal” (Harberger, 1954), debemos considerar que tanto el modelo de competencia perfecta como el de monopolio generarían una mala asignación de recursos pues existiría en ambos una diferencia entre el costo y el precio marginal que genera a su vez PES.

De esta manera, sin la competencia perfecta como estándar válido, el monopolio y la competencia perfecta son indistinguibles de cualquier situación donde los oferentes enfrentan una curva de pendiente negativa y donde intentan maximizar sus ingresos al igualar el costo marginal y el ingreso marginal. Como señala Armentano (1996), “¿Por qué continuar refiriéndonos a dichas situaciones como monopolísticas”? todas las empresas en un mercado libre tienden a producir a un nivel de producción donde su ingreso marginal iguala a su costo marginal.

Como consecuencia de la falta de coherencia interna de la teoría, no existe una razón para sancionar aquellas conductas empresariales tipificadas como abuso de posición de dominio, máxime si con esta corrección, la agencia de competencia estaría generando que el mercado se comporte como uno con las mismas características que un mercado en monopolio.

Lo anteriormente indicado nos lleva a una segunda crítica referida a la propia existencia de una función de demanda horizontal o, lo que es, a la afirmación de que las empresas en competencia perfecta son meras tomadoras de precio.

Al respecto, lo primero que debemos considerar es que el precio de mercado en competencia perfecta está determinado por la demanda total de mercado y la oferta total de mercado. En el precio de equilibrio, los consumidores están comprando (o están dispuestos a comprar) una cantidad precisa de productos y no más. Es lógico concluir, por lo tanto, que cualquier incremento en la oferta –si es para ser vendido- debe tener un efecto sobre la oferta y precio de mercado. El efecto podrá ser “insignificante” pero debe haber algún efecto con el fin de poder venderlo (Armentano, 1996). Ello porque “la curva de demanda necesariamente ha de respetar la ley de las utilidades marginales decrecientes: las unidades adicionales de un bien tienen cada vez menor valor, pues se asignan a satisfacer necesidades de rango menor”. Recordemos que se afirma que “todo aquel vendedor, al ser tomador de precios, sale a vender al mercado al precio fijo”, pero esto no podría

darse puesto que, como hemos dicho, si sale a vender al mercado, algún efecto debe tener sobre el consumidor (Armentano, 1996) según la ley de utilidades marginales decrecientes. Es por esta razón que el modelo de competencia perfecta es incoherente e ilógico. “Si cada vendedor es un tomador de precios en competencia perfecta y se percibe a sí mismo como incapaz de influir en el precio, entonces ¿cómo el precio alcanza tal equilibrio?” (Machovec, 1995). Es decir, las empresas perfectamente competitivas no podrían alcanzar un mercado en competencia perfecta. Algo muy incoherente.

En esa línea, Cachanosky (1994) realiza una metáfora bastante clarificadora:

(...) Si nadie pudiera individualmente mover el precio de mercado entonces este nunca se movería. Es como el caso que hay que mover una gran roca, un hombre solo no la podría mover, pero sí la podrían mover, digamos 100, tirando de una cuerda. Sin embargo, si cada hombre ejerce una fuerza nula (igual a cero) la roca nunca se moverá porque agreguemos más y más hombres. Pero si cada hombre ejerce un poco de fuerza, todos juntos, sí la pueden mover, las fuerzas individuales sumadas ejercen una gran fuerza. Lo mismo tiene que ocurrir con el mercado de competencia perfecta: cada productor tiene que tener una fuerza infinitesimal, sobre el precio, de lo contrario, el precio de mercado nunca se podrá mover.

En pocas palabras, es imposible, como se afirma en el modelo de competencia perfecta, que todas las empresas ejerzan una fuerza insuficiente para mover el precio de tal manera que sean tomadoras de precios. Si todas ejercen una fuerza mínima, entonces el precio se moverá y no serán tomadoras de precios.

Siendo que los modelos de competencia perfecta y de monopolio no son coherentes y consistentes, y que, en consecuencia, la teoría de la eficiencia paretiana y de la PES no se cumplen; entonces su validez como una teoría económica y como fundamento teórico de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio resulta cuestionable.

Ahora bien, en este punto hemos demostrado las inconsistencias lógicas internas de los fundamentos teóricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. No obstante, en ciencia no es suficiente con que una teoría sea lógicamente rigurosa [filtro no pasado]; además debe explicar los hechos tal cual están relacionados en la realidad (Cachanosky, 1996). Por

tal razón, en los siguientes puntos continuaremos con la confrontación de todos los aspectos irreal de los fundamentos teóricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio y que no permiten una adecuada comprensión de los fenómenos de mercado.

B. Objeto de estudio: *Homo economicus* vs. *homo agens*

Como hemos señalado en el primer capítulo de este trabajo, en los modelos de mercado en competencia perfecta y de monopolio, se ha realizado una simplificación irreal del hombre denominada *homo economicus*. Este es un ser racional que maximiza su utilidad material en un mundo de fines o preferencias y medios dados, lo que implica que sus preferencias son homogéneas y estables (Stiglitz, 2000, p. 73) (existe información perfecta). El *homo economicus* resulta aplicable para referirse a las empresas, consumidores, familias o entidades públicas.

Este supuesto irreal de un *homo economicus* es asumido en la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

Ciertamente, la posibilidad de definir un mercado relevante parte de la asunción de que la demanda o preferencias de los consumidores están dadas y son homogéneas, y que se pueden llegar a conocer empleando el método empírico. Es en virtud de ello que la agencia de competencia recopila información estadística para “determinar” qué productos son los preferidos por los consumidores, descartando alternativas o sustitutos. Sucede lo mismo del lado de la empresa o la oferta. Para la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, los costos de los factores productivos están dados e, incluso, la combinación ideal de estos también está dada. Ello le permite a la agencia de competencia determinar si una empresa acusada de abusar de su posición dominante empleó de manera eficiente sus factores productivos al, por ejemplo, establecer una cláusula de exclusividad o diferenciar a sus proveedores.

En virtud de que las preferencias y los medios de los agentes económicos en el mercado están dados y son conocibles, el problema económico tradicional consiste en una labor sencilla pues es calcular cómo maximizar las funciones de utilidad y de producción, de manera que se logre una asignación eficiente de recursos. Este es el proceso que realiza la agencia de competencia al analizar un caso de abuso de posición de dominio: calcular cualitativa y cuantitativamente si una empresa dominante maximizó el bienestar social con determinada combinación de factores productivos.

Este enfoque, desde nuestra posición, no es el correcto. En primer lugar, porque dicha simplificación es irreal. En segundo lugar, porque a partir de dicho modelo irreal se juzgan las conductas empresariales. Finalmente, y talvez más importante, porque esta posición no permite una adecuada comprensión de las conductas empresariales consideradas como abuso de posición dominante.

En efecto, el hombre más que asignar medios dados a fines dados, lo que realmente hace es buscar constantemente nuevos fines y medios, aprendiendo del pasado y usando su imaginación y juicio para descubrir y crear (mediante la acción) el futuro (Huerta de Soto, 2000). Ello no es una cuestión retórica sino que este enfoque tiene consecuencias de prescripción claramente distintas según analizaremos en este trabajo.

En efecto, el hombre real, tanto consumidor como productor, no es un optante entre alternativas fijas (Crespo, 1998) de fines y medios. **El hombre real actúa en un entorno de fines y medios aún no descubiertos en un proceso dinámico de mercado.** Además, el modelo de hombre real cuenta con un factor adicional: el hombre al actuar con la finalidad de satisfacer sus necesidades, va aprendiendo de su pasado según sus propias percepciones.

En virtud de lo anterior, nuestra propuesta consiste reemplazar el *homo economicus* por el concepto de *homo agens* en los modelos de análisis de mercado.

Este enfoque alternativo concibe a los hombres como agentes económicos que buscan, mediante la interacción con el entorno, la satisfacción de sus necesidades de acuerdo con su escala propia (individual y subjetiva) de preferencias. **Este enfoque es realista porque reconoce la subjetividad e inestabilidad de las preferencias y no asume o precisa lo contrario.**

En cambio, bajo la perspectiva del *homo economicus*, el modelo de hombre es reducido a un ser autómatas incapaz de descubrir, variar sus preferencias o aprender del pasado, lo cual en la vida real no se produce. Por ello se critica este enfoque, sosteniéndose que “las simplificaciones sobre la naturaleza de la decisión humana, propias de los neoclásicos, la terminan anulando” (Wiseman, 1990), al punto que, “el ser humano de los neoclásicos termina siendo una máquina” (Shakle, 1966).

Nuestro *homo agens* parte del reconocimiento del individualismo y subjetivismo metodológico. El individualismo metodológico implica reconocer que cada ser humano es único y como tal tiene

necesidades específicamente diferentes a las de sus semejantes y, por tanto, construye constantemente sus propios juicios de valor sobre los bienes que requiere para satisfacerlas. El subjetivismo metodológico implica que la percepción y el conocimiento, y los juicios de valor sobre los objetos del mundo exterior, se encuentran limitados y relativizados por el ser humano mismo (Jaramillo, 2010).

A continuación, estudiaremos qué implica la subjetividad e inestabilidad de los fines y medios del *homo agens*. Con ello, podremos entender cómo es que la variación del *homo economicus* por nuestro modelo tiene consecuencias prescriptivas importantes respecto de la política de regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

- La subjetividad de los fines

Como hemos indicado anteriormente, la economía tiene por finalidad estudiar los fenómenos económicos reales a partir del estudio de la acción humana. Sin perjuicio de que ahondemos en este punto más adelante, la acción humana implica que el hombre actúa en función a una finalidad, propósito o preferencia, empleando para tal efecto ciertos medios.

La utilidad esperada de la acción humana es calculada en función a la escala valorativa de la persona que actúa. En esta escala valorativa, existen distintos tipos de fines los cuales producen distintos grados de utilidad. El hombre actuará en función al fin de mayor utilidad o, en otras palabras, al fin más urgente. Todas las escalas valorativas de los individuos son distintas entre sí.

Ahora bien, la utilidad que le produce la acción a un individuo es un aspecto psíquico y depende (i) de las circunstancias propias de tiempo y lugar de la persona y (ii) de cuestiones psicológicas, sociológicas, culturales, etc. En razón de ello es que la utilidad es subjetiva. Así, en tanto que la finalidad o propósito de la acción depende de la utilidad que produzca, podemos afirmar que las preferencias son subjetivas. Por esta razón, la asunción de que las preferencias son homogéneas (objetivas) es un supuesto o abstracción irreal.

Como hemos mencionado anteriormente, la teoría económica que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio debe replantearse sobre una base realista. En consecuencia, se debe reemplazar la premisa de la homogeneidad de los fines o preferencia por la subjetividad. Ello traería consecuencias importantes en la teoría de la eficiencia de Pareto y en la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

En primer lugar, si el beneficio es subjetivo, este no puede ser medido científicamente en términos de dinero como hace la agencia de competencia. Dos personas pueden pagar el mismo precio por un bien, pero no necesariamente ambas tienen el mismo nivel de bienestar (utilidad) respecto de su consumo. Una puede pagar un precio inferior por el bien, sin embargo, puede tener menos utilidad que la otra. Al no existir una unidad común de medición del bienestar, tampoco se puede sumar o agregar científicamente las utilidades de las personas. Por ejemplo, en este momento, una persona puede preferir gastar un S/.1 en una gaseosa; S/. 0.50 en un café y S/. 0.25 en un jugo de frutas. Otra persona, puede preferir gastar S/.0.75 en un café; S/. 0.60 en un jugo de frutas y S/. 0.25 en una gaseosa. ¿Cómo podría la agencia de competencia sumar ambas escalas de preferencias respecto del consumo de bebidas? ¿Podría decir, por ejemplo, que en promedio las personas prefieren gastar S/. 0.625 en una gaseosa? Consideramos que no. Con esa restricción, la segunda persona preferiría un jugo de frutas pues valora menos el consumo de una gaseosa. El INEI, por ejemplo, puede decir que en promedio los limeños han gastado en *smartphones* S/. 300. Pero no quiere decir que no existan personas que hayan gastado S/. 1000 o que las personas que pagaron menos de los S/. 300 puedan pagar S/. 400 soles por un *smartphone* con una prestación adicional. Como se puede ver, es clave saber y entender, para efectos de emitir un juicio científico que la utilidad es un criterio subjetivo.

En ese orden de ideas, podemos concluir que la PES que se genera en un mercado con una empresa con poder de mercado es una construcción irreal en tanto que es un intento por medir una supuesta pérdida de utilidad debido a que la empresa dominante incrementa los precios y reduce la producción. Dicha pérdida, como hemos afirmado, no puede ser medida científicamente por ser un aspecto subjetivo. En efecto, cualquier variación en el precio de un bien hecha por una empresa dominante no impacta de igual manera en todos los agentes. Así, el hecho de que los consumidores o distribuidores de una empresa dominante paguen más por un producto, no implica que su bienestar se haya reducido. Lo único que podemos afirmar científicamente respecto de dicha situación es que los consumidores se benefician al hacer transacciones libremente incluso con un precio superior.

A pesar de esta verdad irrefutable, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio emplea los precios para medir de manera supuestamente objetiva el bienestar del consumidor y, en consecuencia, cuán eficiente se comporta un mercado¹⁴. Al hacer ello, la agencia de competencia introduce juicios de valor (por ejemplo, cuando analiza qué bienes son considerados sustitutos por los consumidores según sus precios o cuando asume que un incremento en el precio de un bien es sinónimo de un menor bienestar) con lo que se pierde el carácter científico de la teoría y su utilidad como sustento normativo.



¹⁴ Recordemos que la eficiencia paretiana es el punto donde se maximizan los excedentes del consumidor y del productor.

Sobre el particular, Armentano (2001) señala:

(...) la teoría convencional de eficiencia social en antitrust depende de la medición, en por lo menos, de los beneficios y excedentes del consumidor. Las ganancias y pérdidas asociadas a las prácticas restrictivas deben ser medidas y ya que las consideraciones de eficiencia son relevantes, sólo las prácticas empresariales que resulten en un incremento neto del bienestar social deben ser permitidas. Otras prácticas, fijación de precios por ejemplo, se dice que crean PES y no deben ser permitidas. Pero el problema es que estas mediciones no pueden ser hechos porque los costos y beneficios individuales son definitivamente subjetivos y personales y no pueden simplemente ser sumados o restados para determinar la eficiencia o bienestar neto (Armentano, 2010, p. 102),

Un aspecto más crítico aún derivado de la premisa irreal de que las preferencias son homogéneas está relacionado con la definición de mercado relevante. Como hemos señalado en el primer capítulo de este trabajo para identificar la posición de dominio, es necesario definir previamente un mercado relevante. Este es el conjunto de bienes y/o servicios que son considerados sustitutos desde el punto de vista del consumidor.

Implícita en esta definición está la asunción de que los consumidores valoran de igual manera los mismos bienes. En efecto, para identificar los sustitutos, la agencia de competencia tiene que comparar cuáles son los usos y precios de otros bienes. No obstante, si el bien “X” cuesta S/. 1, y el bien “Y”, potencial sustituto, cuesta S/. 1.05, por más estudios empíricos que pueda realizar, la agencia de competencia no podrá afirmar científicamente que a todos los sujetos les sea indiferente ese diferencial en el precio. La agencia de competencia solo puede hacer dichas comparaciones interpersonales de utilidad en tanto que asuma que todas las personas tienen la misma escala valorativa, lo cual no es así.

El enfoque realista de la economía que planteamos, parte por reconocer que sólo el mercado, entendido como un orden espontáneo, permite a los agentes económicos satisfacer mejor sus necesidades individuales las cuales son subjetivas y dependen de las circunstancias particulares de tiempo y lugar (factores culturales, antropológicos, sociales, etc., están presentes). No es posible, en este orden de ideas, que una agencia centralizada

pueda decidir desde un punto de vista científico respecto de cómo se deben realizar las transacciones a fin de maximizar la utilidad social.

Otro aspecto relacionado con la subjetividad, negada en la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, es el concepto de costos. Los costos en economía son aquellos bienes que se sacrifican mediante la acción humana para alcanzar un fin o propósito. Una persona calcula el valor de los costos en función a la utilidad esperada que le pueda generar su sacrificio. En tanto que esta valoración de utilidad es subjetiva, los costos por definición también serán subjetivos.

Lo anterior quiere decir que una empresa fija sus costos en función a los precios que pueda obtener en un mercado. Así, en tanto que los precios son el resultado de las valoraciones subjetivas de los consumidores, entonces los costos también dependerán de dichas subjetividades.

En efecto, en el mercado real, los agentes económicos deciden invertir recursos o medios de producción teniendo en consideración los beneficios esperados de dicha inversión. Por ejemplo, una empresa tiene un terreno y lo dedica al alquiler de canchas deportivas. De pronto, las condiciones de mercado son tales que obtendría un mayor beneficio si es que lo vendiera a una inmobiliaria. En este caso, la empresa se habrá dado cuenta que los costos de brindar los servicios de alquiler de canchas es superior a sus beneficios potenciales. En el ejemplo, en todo momento el costo del factor de producción dependió de la valoración subjetiva de los consumidores, quienes en un primer momento valoraban más los servicios de canchas de fútbol y en un segundo momento valoraron más los inmuebles.

De acuerdo con lo anterior, ¿cuándo se habrá sabido científicamente cuál fue el verdadero costo de los factores productivos sacrificados? Cuando se haya logrado la utilidad esperada. De ninguna manera, se puede conocer ello ex ante y más aún, de manera objetiva.

A pesar de esta verdad científica, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio asume que los costos de las empresas son objetivos y además conocibles ex ante (están dados). Es decir, emplea una concepción de costos desde el punto de vista contable y no desde el punto de vista económico.

Efectivamente, recordemos que en el mercado, el empresario¹⁵ decide qué factores productivos emplear y cómo, en función a una utilidad esperada. Por ejemplo, ante una solicitud para suscribir un contrato de suministro con un distribuidor perteneciente a firma de la competencia, el empresario debe decidir cómo emplear factores productivos. En ese sentido, si se niega a suscribir un contrato de suministro, es porque ha calculado que los factores productivos que se emplearían en la transacción con el competidor tendrían una mejor utilidad si se emplearan para otro fin. Dicha evaluación es netamente subjetiva. Sin embargo, la agencia de competencia podría sancionar a la empresa considerando que dicha negativa no tiene una justificación válida pues, de acuerdo a su criterio, no era “en realidad” tan costosa como calculó la empresa. Reisman (1991) señala que cualquier valoración respecto de esos factores de producción, que a criterio de la agencia de competencia sea elevada, de manera que se incremente el costo para la sociedad de estos factores, resulta para la autoridad en una “restricción artificial y monopolística de la oferta” o “una deliberada y viciosa retención de bienes de la “sociedad” por sus custodios privados”. Sin embargo, este enfoque, según hemos demostrado, carece del mayor rigor científico.

Desde nuestra perspectiva realista, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio debiera tener como uno de sus supuestos que los costos de los factores productivos son subjetivos y, en consecuencia, la agencia de competencia no puede pronunciarse con respecto a su valoración de manera científica, ni tampoco podría sancionar ex post por una mala valoración de costos a las empresas dominantes, porque no hay manera objetiva de conocer dichos costos ex ante la transacción.

De hecho, es una práctica usual de la agencia de competencia solicitar los costos (contables) de las empresas a efectos de hacer un análisis de un caso de abuso de posición de dominio como si de estos costos dependieran las decisiones de llevar a cabo una operación comercial o como si se pudieran utilizar como un criterio objetivo.

Utilizar este enfoque irreal de costos puede llevar a la agencia de competencia a sancionar a una empresa en la errada y arbitraria suposición de que la empresa dominante podía utilizar los factores de producción de una determinada manera en lugar de otra sin tener un criterio objetivo y preciso para ello.

¹⁵ Por empresario, nos referimos a una categoría general de personas dentro de la empresa que tengan poder de decisión. Puede ser un gerente, una gerencia, un directivo, o cualquier otro trabajador.

- La inestabilidad de los fines

Como hemos apuntado, los fines de los agentes económicos no son regulares sino que varían constantemente conforme transcurre el tiempo. Un agente puede preferir un bien “X” ahora y más tarde dejar de valorarlo. Incluso, el mismo agente, por el solo transcurso del tiempo, puede dejar de valorar con la misma intensidad el mismo bien y en su lugar preferir un bien “Y”. S/. 100 hoy, no es lo mismo que S/. 100 en un mes. Esta es la razón por la cual se cobran intereses en los préstamos.

Asumir que los fines no cambian en el tiempo es una abstracción irrealista que permite la aplicación del método empírico en economía. Es una manera de “controlar las variables”, de manera que puedan ser estudiadas empíricamente.

Por ejemplo, la agencia de competencia para delimitar el mercado relevante, puede considerar que hoy en día los consumidores no consideran sustitutos de la televisión por cable a la televisión por internet. Si, sobre la base de dicha aseveración, la agencia de competencia desea sancionar a una empresa que participa en dicho mercado por abuso de posición de dominio, y, según la definición de mercado relevante, este solo está compuesto por la televisión por cable, implícitamente está asumiendo que la preferencia de los consumidores se mantendrá estable en el futuro. Como ahora resultará evidente, por más estudios empíricos que evidencien que hoy la preferencia de los consumidores se inclina más por la televisión por cable, ello no nos puede dar ninguna certeza de carácter científico respecto de que en el instante posterior, dicha preferencia se mantendrá estable.

Tan variables son las preferencias de los consumidores que el hecho que uno valore hoy en día “A” más que “B” y “B” más que “C”, no quiere decir que valore “A” más que “C”. La infalibilidad de la propiedad transitiva es sólo instantánea. Aún antes de que la decisión pueda ser ejecutada pueden interferir otros motivos que afecten la transitividad de la situación anterior y establezcan una nueva” (Crespo, 1998), haciendo que “C” pueda ser valorado más que “A” en el minuto siguiente.

Si la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio reconociera la subjetividad e inestabilidad de las preferencias y costos, esto es, si reconociera que el hombre es un *homo agens* y no un *homo economicus*, conceptos como mercado relevante y posición de dominio no pasarían de ser abstracciones irrealistas con ningún sustento científico. Ante la subjetividad e inestabilidad de

las preferencias de los consumidores, no se podría definir un mercado relevante que agregue las preferencias de todos los agentes económicos o tampoco podría afirmarse que una empresa va a mantener su predominancia en el mercado dado que mañana más tarde, otra empresa puede ofrecer un producto más novedoso, captando las valoraciones de los consumidores.

Así, la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, niega características inherentes de los hombres, los cuales permiten explicar mejor el dinamismo de mercado, el surgimiento de empresas, el cierre de otras, la aparición de nuevos productos, etc. Todos estos hechos de la realidad son pasados por alto por la agencia de competencia.

C. Conocimiento perfecto vs conocimiento imperfecto

Uno de las asunciones más controversiales de la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio es la existencia de información perfecta. Esta asunción de eliminación de la incertidumbre, empero, es esencial para modelar el mercado el estado del equilibrio competitivo, donde todas las condiciones están dadas o son conocibles. No obstante, esa asunción cierra toda posibilidad de un examen del camino mediante el cual el ajuste al equilibrio puede ser alcanzado. Esto es, del proceso competitivo, como detallaremos más adelante.

¿Qué implica el conocimiento perfecto en los modelos de equilibrio? Según Simon (2009), implica que “the agent looks at his direct environment and understands all the different possibilities he has in the present as in the future. He understands the consequences of each choice and is even able to put probabilities on the different states of the world in order to draw a unique utility function in which he classified all the different states of the world according to his preferences”. Esta situación claramente es irreal y distorsiona un correcto entendimiento del mercado.

Crespo (1998) sostiene que mediante la asunción de conocimiento perfecto, se trata de hacer presentes hoy, todas las vicisitudes futuras, incluidos los costos de transacción, expectativas y todas aquellas complicaciones al modelo de equilibrio. Y es que si la finalidad es la predicción y la aplicación del método empírico en economía, entonces la incertidumbre es un elemento que estorba del modelo por lo que resulta conveniente retirarlo. De esa manera, todas las variables del fenómeno se reducen a datos accesibles y controlables.

Evidentemente, esta asunción no se trata de una inocente simplificación del fenómeno económico sino de una abstracción irreal. Para la ciencia económica que parte del estudio del *homo agens*, el problema económico trata de un sujeto real que actúa en un mundo de incertidumbre.

La no perfección del conocimiento tiene dos dimensiones: la ignorancia acerca de los sucesos presentes y la incertidumbre sobre lo que ocurrirá en el futuro.

✚ La ignorancia genuina

Respecto de la ignorancia acerca de los sucesos presentes, debemos partir por el hecho de que no existe mente alguna capaz de conocer todos los elementos que componen el fenómeno económico actual. Ello implica que una empresa no puede conocer cuáles son las preferencias que en este momento son las más deseadas por la mayoría de consumidores ni en qué intensidad. Entonces, la empresa no sabe qué producir, y si lo supiera, no sabe a qué precio producirlo y qué factores de producción emplear.

Por el lado de los consumidores ocurre lo mismo. La demanda en el mercado tampoco está dada o es conocida. Ello no quiere decir que los consumidores no sepan lo que quieren sino que continuamente están percibiendo nuevos productos que puedan satisfacer de mejor manera sus necesidades.

A partir de ahí, planteamos la interrogante, ¿Cómo se puede formar el precio de equilibrio si es que es imposible que las empresas pueda conocer científicamente qué producir y la cantidad de unidades que vacían el mercado como ocurre en competencia perfecta; y si es que los consumidores constantemente están moviendo su curva de demanda?

La asunción de que la información es perfecta es la premisa básica para que los economistas hayan podido estudiar los fenómenos económicos como si se tratara del estudio de un objeto. No obstante, esta situación nada nos dice de cómo se comportan los agentes económicos.

Una solución que se pretendió dar al problema de la ignorancia es lo que plantea la “economía de la información”, desarrollada principalmente por el profesor George Stigler. Desde esta perspectiva, si bien se rechaza el supuesto de conocimiento perfecto, no se descarta que alcanzarlo resulte factible. Muy básicamente, la teoría desarrollada por el profesor sostiene que existe un momento óptimo —determinado por el equilibrio entre

costos y beneficios marginales— que se ubica entre alguno de los casos polares de total desinformación y completa información. En ese momento óptimo existe un nivel de ignorancia racional y los errores a que ello conduzca en las decisiones de consumo, ocupación o ahorro son, en este sentido, voluntarios. Es decir, el hombre se informa hasta el punto en que seguirse informando resulta más costoso (Stigler, 1961). Ese punto se logra con una función de probabilidades que permite calcular hasta donde conviene seguir invirtiendo en informarse porque “más allá” las probabilidades de obtener mayores beneficios son bajas.

En nuestra opinión dicha salida tampoco lidia con el problema de la ignorancia en el mercado como un fenómeno real.

Sobre el particular, Kirzner sostiene que la visión de la “economía de la información” no parece haber superado los confines del equilibrio pues no es que el conocimiento perfecto no se alcanza por una cuestión de costos sino que su consecución es imposible por más capital que se invierta porque el agente económico en la concepción no solo no conoce una parte de los datos relevantes, sino que tampoco sabe dónde buscar lo que no sabe (Sarjanovic, 1989). Es decir, en el mercado real, los agentes económicos ignoran lo que ignoran.

En efecto, en el mundo real, **el individuo actúa en un entorno de “ignorancia genuina”, en el que no sólo no sabe algunas cosas sino que tampoco sabe lo que no sabe.**

Reconocer la ignorancia genuina en el mercado implica reconocer que en el mercado existe información que no puede ser conocida ex ante o mediante funciones probabilísticas. Este reconocimiento genera consecuencias sumamente relevantes en los modelos de competencia y monopolio, y en consecuencia, sobre la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

En efecto, la ignorancia genuina da lugar a lo que se conoce como errores empresariales puros. Estos errores son aquellos cometidos por los empresarios y siempre están presentes en el mercado. Por ejemplo, cuando una empresa saca un producto al mercado, el cual no logra satisfacer la demanda de los consumidores, y este no tiene el éxito que esperaba, se habrá cometido un error de este tipo. Incluso, cuando una empresa saca un producto y tiene

éxito, no obstante, una segunda empresa introduce una mejora teniendo aún mayor éxito, la empresa primigenia habrá incurrido en un error empresarial puro.

Es precisamente la existencia de este tipo de error el que da lugar al beneficio empresarial puro, lo cual es el incentivo por excelencia para que las empresas puedan innovar en el mercado ofreciendo cada vez productos mejores para el consumidor.

Por el contrario, en los modelos de equilibrio nunca existen errores genuinos de tipo empresarial de los que uno deba arrepentirse a posteriori. En consecuencia, tampoco existe el beneficio empresarial. Nótese que esto se condice perfectamente con el modelo de mercado en competencia perfecta en donde el ingreso marginal es igual al costo marginal, no habiendo lugar a los beneficios empresariales. ¿Qué incentivo tendrían los agentes económicos en un mercado donde no hay beneficio empresarial? Como se puede apreciar, estos modelos de mercado nada nos explican respecto del funcionamiento real del mercado. Peor aún, permiten prescripciones normativas contraproducentes pues castigan aquellos incentivos que permiten la innovación empresarial, fenómeno que es sumamente beneficioso para el mercado.

Ahora bien, además del error genuino, existe otra razón por la cual la asunción de la información perfecta no explica el funcionamiento real mercado. Esta razón está relacionada con el hecho de que, como hemos señalado en el capítulo anterior, los fenómenos económicos tienen que interpretarse de manera subjetiva. Sobre el particular, por más que se cuente con toda la información en el mercado, ello no es suficiente para señalar que en el mercado se producirá un equilibrio competitivo, con cantidades producidas y precios óptimos, dado que no existe garantía de que los agentes interpretarán esta información de manera correcta.

Ciertamente, aún si dos tomadores de decisiones ven la realidad presente de idéntica manera, no hay razón para asumir que considerarán las perspectivas futuras de igual forma. Por ejemplo, un incremento en el precio de un producto puede ser leído como un aumento de la demanda por un empresario, mientras que otro puede interpretar dicho incremento como el resultado de una distorsión del sistema de precios causada por la intervención del gobierno. Así, ante el mismo fenómeno económico, ambos agentes podrían emprender dos cursos de acción totalmente opuestos. Las firmas que hayan formado expectativas

incorrectas sufrirán pérdidas, mientras que aquellas que descubrieron las oportunidades futuras obtendrán beneficios (Sarjanovic, 1989).

De la misma manera, Cachanosky (2000) critica:

Pero, de todas maneras, aunque cada uno de nosotros tenga la misma información, la tendemos a ver e interpretar de distintas maneras. Estas diferencias de opinión acerca de los acontecimientos futuros se pueden ver diariamente en las decisiones que toman cotidianamente y fundamentalmente dentro de las empresas. Si las apreciaciones acerca del futuro fueran para todas las personas igual entonces una computadora podría decidir qué inversiones son las más convenientes.

Como se puede apreciar, la asunción de información perfecta no explica el mundo real sino que pasa por alto la incertidumbre, elementos que permiten que el mercado actúe como un proceso de coordinación entre los planes de empresarios y consumidores, mediante el cual los primeros aprenden de sus errores constantemente para poder producir aquellos bienes que mejor sirvan a los consumidores.

✚ La incertidumbre sobre los sucesos futuros

Cuando el mercado se entiende como un proceso y ya no como un estado de cosas, entonces a la ignorancia genuina se agrega una dimensión más: la incertidumbre sobre los hechos futuros o la incertidumbre genuina.

Esta incertidumbre es una manifestación del conocimiento imperfecto y, como hemos apuntado, es inherente al mercado visto como un proceso no como un equilibrio estático. En efecto, conforme pasa cada minuto, debido a naturaleza del *homo agens*, este va creando nueva información respecto de los fines y medios en el mercado (por ejemplo, respecto de las preferencias de los agentes económicos y de los factores productivos a emplear para satisfacer estas preferencias). Los intercambios en el mercado van generando nueva información histórica. Además, la información que se creará mañana, es imposible de conocerla hoy. Incluso, si mañana existiera la misma información que hoy, no hay garantía de que mañana se interpretará de la misma manera que hoy. Siendo así, la asunción de que en el mercado no existe incertidumbre sobre los hechos futuros no solo es un supuesto irreal

sino que además la misma es inerradicable. Ello principalmente por dos factores: el efecto ingreso o riqueza y el efecto conocimiento. Sobre el particular, Sarjanovic (1989) sostiene:

- *Efecto ingreso o riqueza*: Cuando se realiza un intercambio, la riqueza se desplaza de un participante del mercado a otro, modificando el dato de la dotación inicial de recursos. Este cambio genera que las preferencias demostradas por cada agente vayan sufriendo modificaciones. Las distintas preferencias influirán sobre el proceso de mercado de acuerdo con los ingresos respectivos de cada participante, que se verán modificados luego de cada intercambio. Así, siempre existirá una situación de incertidumbre sobre los hechos futuros en la medida que cada intercambio hoy, genera variaciones en el futuro no conocibles.

- *Efecto conocimiento*: A medida que el proceso de mercado se desarrolla en el tiempo, los agentes económicos se enfrentarán a nueva información que, al ser interpretada estos, inducirá a impredecibles cambios en las expectativas. Este cambio en las expectativas genera que los agentes económicos interpreten los siguientes eventos con distinta perspectiva. De esa manera, en la medida que las expectativas de los agentes se encuentran en constante variación, nunca se podrá alcanzar el equilibrio de mercado porque siempre habrá nuevas formas de interpretar los fenómenos económicos aunque estos sean repetitivos.

La asunción de que en el mercado no existe incertidumbre no solo es un supuesto irreal sino que la misma nos genera una distorsión de nuestra comprensión de mercado. En efecto, **la incertidumbre en el mercado es un fenómeno que da lugar a las oportunidades de ganancia.**

Los agentes económicos en el mercado, tanto consumidores como empresarios pueden descubrir oportunidades de ganancia en la medida que exista incertidumbre en el mercado. Ciertamente, el entrar en transacciones permite a los agentes conocer cuáles son los bienes o servicios que los satisfacen o satisfacen incluso mejor. No se trata de que los consumidores no sepan cómo satisfacerse sino que es natural que en el futuro se cree nueva información que antes no se conocía que podía satisfacer mejor una necesidad. De hecho, si es que todo se supiera en el mercado, no habría oportunidades de ganancia en el mercado y, en consecuencia, no habría actividad económica pues no sería necesario que los empresarios descubran las necesidades no descubiertas de los consumidores.

Como se puede apreciar, la economía real es una de ignorancia e incertidumbre genuina. Los modelos de competencia perfecta y de monopolio no tratan sobre las implicancias de la existencia de la ignorancia e incertidumbre, tales como el fenómeno de la función empresarial inherente a toda acción humana (Sarjanovic, 1989) (este punto será abordado más adelante).

Reconocer en el modelo económico la ignorancia y la incertidumbre no tiene consecuencias triviales. En efecto, además de la posibilidad de tratar cómo surgen las oportunidades de ganancia, implica la posibilidad de reconocer el error en la acción humana. Ciertamente, si no podemos conocer los hechos futuros o las consecuencias de los hechos presentes, el error termina siendo inherente en la acción humana.

Si existe la posibilidad de error, el agente económico tiene dos maneras de medir los resultados de su acción: 1) *ex ante* o esperado y 2) *ex post* o real. El resultado *ex ante* solo termina siendo un indicador para llevar a cabo una decisión. Decisión que no se conoce si es buena o mala. En ese sentido, el único parámetro válido para **conocer** si la decisión que se toma es buena es el resultado *ex post*. Por lógica, nadie está en condiciones de conocer *ex ante* el resultado *ex post*. Bajo condiciones de conocimiento perfecto los resultados *ex ante* serían iguales a los resultados *ex post* (Cachanosky, 2000). Sin embargo, el mundo real no es de conocimiento perfecto.

Este reconocimiento genera implicancias importantes en la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio: Si el error es inherente a la acción humana, entonces ¿Puede tener la agencia de competencia sancionar ex post una conducta empresarial cuando los resultados de la misma no eran conocibles por el agente (ni por nadie)?

En efecto, ¿bajo qué justificación legítima o científica la agencia de competencia podría juzgar una conducta de una empresa dominante si esta no está en posibilidad de saber cuál será el resultado de dicha conducta? A partir de ahí, consideramos que no resulta legítimo que exista un ordenamiento jurídico, como la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, que sancione determinadas actuaciones empresariales respecto de las cuales el administrado no pueda conocer previamente si son ilícitas o no. Una regulación como la que es objeto de cuestionamiento vulnera principios jurídicos tales como los de tipicidad o de predictibilidad.

Veamos un ejemplo. Para mejorar su posición competitiva, el empresario se realiza las siguientes preguntas ¿cuál es su cuota de mercado? y ¿cómo puede mejorarla? Para resolverlas y tomar una decisión, el empresario recurre a la interpretación subjetiva de variables como la marca, costos,

fortaleza financiera, y habilidad de *management*, entre otras. De esta manera, el empresario puede ver en qué medida la empresa está en condiciones de mantener, ganar o perder cuota de mercado. Muchas veces las ventajas competitivas de la empresa pueden ser destruidas rápida o lentamente por una mala dirección que ex ante no se podía saber. Directores altamente adversos al riesgo terminan sucumbiendo implacablemente ante la competencia que arriesga en inversiones que generan valor (Cachanosky, 2000). Por ello, la decisión y la consecuente acción que tome el empresario para mejorar su posición competitiva no puede ser sancionado como si existiese manera objetiva de conocer ex ante los resultados de la misma. Más aún cuando la ganancia empresarial consiste en *pensar distinto al resto del mercado* (Cachanosky, 2000).

En efecto, la incertidumbre en el mercado y el cambio constante requiere que los agentes diseñen estrategias las cuales pueden consistir en emplear mecanismos de diferenciación de productos a través de contratos de exclusividad u otorgamiento de condiciones diferenciadas, aspectos que son vistos con renuencia por ir en contra del modelo de mercado en competencia perfecta. Incluso para hacer frente a la incertidumbre de mercado se puede requerir coordinación entre empresas, en lugar de rivalidad independiente, e incluso alguna cooperación en precios. Este tipo de prácticas no significan que la competencia no exista o que el proceso es deficiente o ineficiente como supondría la política de libre competencia. Significa simplemente que el proceso competitivo en realidad está en un estado necesario de desequilibrio debido a la incertidumbre en el mercado y se requieren de mecanismos para hacer frente a dicha incertidumbre, y que, principalmente, no se puede penalizar buscar este tipo de herramientas que son necesarias (Armentano, 2001).

Desde esta perspectiva, se evidencia que **la labor de la agencia de competencia carece de sustento puesto que sus prescripciones normativas se basan en herramientas teóricas irreales a partir de un mercado de conocimiento perfecto**. Si la agencia concibiera que el mundo existe ignorancia e incertidumbre inerradicable, entendería que la posibilidad de error siempre es latente y que la mejor manera de lidiar con ello es mediante el mercado entendido como un proceso de aprendizaje continuo –siendo el mejor aliciente el sistema de pérdidas y ganancias empresariales–, en lugar de imponer sanciones a aquellos agentes que supuestamente asignaron de manera ineficiente los recursos.

Si el mercado fuera de competencia perfecta o todos los agentes tuvieran información perfecta, el problema de la asignación eficiente de recursos –problema planteado por los modelos de competencia perfecta y de monopolio– sería un problema matemático fácil de resolver *ex ante*. Sin

embargo, este **no** es el problema económico que enfrenta la sociedad (Hayek, 1945). **El carácter peculiar del problema de un mercado real está determinado precisamente por el hecho de que el conocimiento de las circunstancias en las que debemos utilizar los recursos no se encuentra nunca concentrado ni integrado de manera que sea conocido o conocible, sino que se trata de un conocimiento que se encuentra disperso, incompleto y frecuentemente contradictorio en poder de los diferentes individuos.** De este modo, el problema económico de la sociedad no es simplemente un problema de asignación de recursos "dados". Se trata más bien de un problema referido a cómo lograr el mejor uso del conocimiento sobre los recursos existentes, el cual no es dado a nadie en su totalidad.

Como conclusión de este punto, debemos entender que no solo la información perfecta es un supuesto irreal sino que dicha perspectiva pasa por alto aspectos como la ignorancia y la incertidumbre genuina. Estos fenómenos permiten entender el error en el mercado y cómo surgen las oportunidades de ganancia. Con estos elementos podemos tener un mejor entendimiento del mercado y nos permite cuestionar si la labor de la agencia de competencia, sancionando determinadas conductas empresariales sobre la base de modelos irreales es legítima.

D. Concepto de competencia: Mundo estático vs mundo dinámico

El mercado es aquel espacio en donde una infinidad de planes individuales de acción confluyen. De un lado, los productores con sus planes de oferta de productos y, de otro lado, los consumidores con sus planes de consumo. Una transacción implica la coordinación entre los planes de los individuos.

En los modelos de equilibrio de competencia perfecta y monopolio, todas las transacciones entre productores y consumidores ya se realizaron llegando a un precio de equilibrio en donde se maximiza el bienestar social para el caso de competencia perfecta y el beneficio de la empresa para el caso del modelo de monopolio. Al representar una situación en donde todas las transacciones ya se realizaron, los modelos en cuestión no admiten la existencia del tiempo dado que el mercado se encuentra en equilibrio. En efecto, estos modelos implican una sociedad momentánea, un universo de acción que efectivamente existe solamente por un momento en un sistema sin tiempo (Crespo, 1998).

No hay necesidad de demostrar porqué asumir un modelo mercado atemporal o estático es irreal. Más bien, corresponde demostrar cuál es la importancia precisamente de aquel factor que es suprimido por estos modelos: el aspecto dinámico del mercado y cuáles son las consecuencias que

se generan por juzgar un mercado dinámico –como planteamos debe entenderse el mercado real– con un modelo estático de equilibrio.

✚ La diferencia entre un mercado dinámico y un mercado estático

Como hemos indicado, en el mercado en competencia perfecta, los planes individuales de demandantes y ofertantes se encuentran coordinados perfectamente. Ello implica que la teoría de la eficiencia de Pareto está relacionada con un ideal de eficiencia en la asignación de recursos en punto en el tiempo y, a partir de ahí, su carácter estático.

Por esta razón, se sostiene que “la esencia de la teoría económica es reconocer la realidad de la escasez [de los bienes y servicios] y luego encontrar la manera de organizar a la sociedad de tal manera que se logre el uso más eficiente de sus recursos” (Samuelson y Nordhaus, 2010). Esto es, el problema económico consiste en cómo llegar a una plena coordinación de los planes individuales dado los recursos dados. Para ello, dado que todas las variables en el mercado están dadas, los economistas únicamente emplean técnicas matemáticas. En ese sentido, Gómez (2004) sostiene:

(...) la economía es una ciencia social y empírica que se ocupa de estudiar cómo se administran los recursos escasos susceptibles de usos alternativos para la satisfacción de unas necesidades humanas que son ilimitadas, utiliza para ello unos instrumentos de análisis con la intención de explicar y predecir los fenómenos observados que acontecen en la actividad económica.

Para poder hacer los correspondientes en el modelo estático, la variable que más se emplea es el precio en un momento dado. De hecho, en el modelo de competencia perfecta, si el precio en equilibrio (P_e) se aleja del costo marginal e ingreso marginal, entonces se habrá producido una mala asignación de recursos y por ello constituye uno de los indicadores más importantes.

Vale la pena resaltar que este enfoque estático para analizar el mercado es el resultado, una vez más, de aplicar el método empírico de las ciencias naturales en la economía. En efecto, el criterio de eficiencia estática está muy influido por el concepto de “eficiencia técnica”

procedente del campo de la física mecánica. En esa línea de pensamiento, Huerta de Soto (2010) sostiene que “(...) se ha argumentado que mientras la eficiencia técnica o la tecnológica consistiría en minimizar la utilización de inputs en términos físicos (...) para lograr un determinado resultado, la eficiencia económica [estática] consistiría en lo mismo, es decir, en la minimización de la utilización de inputs pero no en términos físicos sino en términos de costos”. A partir de ahí, reforzamos nuestro argumento de que este error metodológico ha decantado en minar la adecuada comprensión de los fenómenos de mercado.

Ahora bien, debido a que esta teoría es la que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, el problema económico que tratan de resolver las agencias de competencia también es uno de asignación de recursos teniendo como la variable más importante a los precios.

En efecto, mediante sus decisiones, las agencias de competencia tratan de que en el mercado se produzcan conductas eficientes y que asignen adecuadamente los recursos dados evitando la PES. Para tal efecto, las autoridades emplean los precios de mercado en determinado punto en el tiempo para estudiar la manera más adecuada de asignar los recursos en el mercado. Por ejemplo, para analizar una estructura de mercado, V.g. mediante el nivel de concentración, o para medir el grado de sustituibilidad entre productos, la agencia de competencia emplea los niveles de precios o costos desde el punto de vista del consumidor u ofertante en un momento determinado (esto es precios dados).

A diferencia de los modelos de equilibrio, en el mercado real los medios y fines de los individuos no están dados sino que, como hemos apuntado antes, deben descubrirse en un continuo proceso de ensayo y error denominado mercado. Por ello, la coordinación de los distintos planes individuales de los agentes no es y no puede ser automática o instantánea, sino que debe forjarse a través de un proceso de aprendizaje, de adquisición de conocimiento y de sucesivos ajustes. Aun así, también puede que la plena coordinación en el mercado nunca se logre. Esta es la razón, por ejemplo, por la cual los empresarios están incesantemente sacando nuevos productos e innovando en el mercado o por la cual algunos están desperdiciando los recursos escasos.

En ese orden de ideas, uno de los problemas del modelo de mercado en competencia perfecta es que solo explica el cálculo final que resultaría de la decisión del *homo*

economicus, en el equilibrio donde se produce una asignación eficiente de recursos desde un punto de vista estático, pero no explica el proceso de decisión respecto de qué acción debe realizarse a efectos de coordinar los distintos planes (Bentata, 2009). Ello implica que el mercado en competencia perfecta omite explicar o tratar este proceso dinámico de aprendizaje y ajuste. Es decir, omite el estudio de cómo se llega o intenta llegar a dicha coordinación.

Así, en virtud de lo anterior, consideramos que **no resulta adecuado emplear como criterio normativo un modelo de mercado basado en un ideal de eficiencia estática y en precios para juzgar un mercado que presenta características dinámicas porque precisamente se deja de lado el proceso que permite llegar a una verdadera coordinación en el mercado. Metodológicamente, lo correcto, si es que se va a medir el desempeño de un mercado dinámico, es emplear un criterio de eficiencia dinámica como el que plantearemos en este punto.**

Teniendo en cuenta lo señalado en este punto, cabe cuestionar la labor que realiza la agencia de competencia al juzgar las presuntas conductas de abuso de posición de dominio teniendo como paradigma un criterio de carácter estático. Al respecto, somos de la opinión que la autoridad enjuicia indebidamente un fenómeno dinámico, como es la acción humana empresarial pues es como si se pretendiera juzgar una película con una única foto de la misma.

Por ejemplo, si una empresa dominante decide no ofrecer determinado bien a una empresa competidora, ¿es adecuado juzgar dicha acción como ineficiente o como una mala asignación de recursos y, en consecuencia, como una conducta de abuso de posición de dominio? Creemos que no. Es probable que desde un punto de vista estático el que un agente competidor no acceda a determinado bien puede ser visto como algo negativo. Sin embargo, lo cierto es que si esa conducta es ineficiente económicamente o no, es algo que solo se puede saber con el transcurso del tiempo, a través de la preferencia de los consumidores. Ciertamente, el carácter eficiente o ineficiente de dicha actuación empresarial (una negativa de trato) se irá descubriendo y generando aprendizaje gracias al proceso dinámico competitivo. Lo mismo sucede con una venta atada o una discriminación, no se pueden medir desde un enfoque estático. Estas conductas en realidad son acciones especulativas de los empresarios que, desde su percepción subjetiva de su entorno

institucional económico, buscan darle el mejor uso a los factores productivos en el tiempo, lo cual únicamente se alcanzará en la medida que logren atender cada vez mejor a los consumidores en un proceso dinámico competitivo. El empresario, mediante el proceso de mercado, tiene que descubrir cuáles son las demandas más urgentes de los consumidores y para ello no debe estar atado de manos para configurar sus arreglos contractuales.

Siendo así, consideramos que para enjuiciar a una empresa o a un sistema económico, se debe emplear un criterio de eficiencia dinámico. Ello a efectos de tener una mejor comprensión del mercado, una visión más completa que una simple foto y que no se basa en los precios únicamente para medir la eficiencia o grado de coordinación.

Podemos definir a la eficiencia dinámica como “la capacidad para impulsar por un lado, la creatividad empresarial y, por el otro lado, la coordinación de los distintos planes individuales [tanto de productores como consumidores] en un mercado dinámico donde nada se encuentra en un perfecto estado de equilibrio o de ajuste” (Huerta de Soto, 2010). Dicho proceso de coordinación va más allá de la medición y comparación de los precios en términos estáticos sino que mide cómo los agentes van satisfaciendo sus distintas necesidades en un proceso dinámico.

La diferencia es clara. Mientras que la eficiencia estática solo se centra en la asignación ideal de recursos y precios dados, la eficiencia dinámica se centra en la coordinación de un mercado donde la información sobre los fines y medios de los agentes económicos no es conocida si no que tienen que descubrirse en un continuo proceso de ensayo y error.

Así, dado que el mercado real se encuentra en un estado continuo de desajuste de los distintos planes individuales, consideramos que la agencia de competencia debería dejar de lado la teoría de la eficiencia de Pareto y adoptar más bien un enfoque dinámico de eficiencia para medir el desempeño del mercado. Más adelante, detallaremos cómo en la práctica se podrá implementar este enfoque dinámico.

🚦 Consecuencias de juzgar un mercado dinámico con un modelo de mercado estático

La aplicación de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, la cual implica tener como criterio normativo uno de carácter estático, puede conducir a que se

dicten medidas que más bien atenten contra la coordinación de los distintos planes. Esto es, contra la eficiencia dinámica.

En efecto, nuestra posición es que la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio distorsiona ese proceso de ajuste dinámico, es decir, la eficiencia dinámica, no permitiendo que el mercado pueda coordinarse o tender a la coordinación de manera adecuada. Veamos por qué.

Hemos afirmado que el problema económico consiste en cómo, a pesar de la incertidumbre inerradicable y posibilidad de error, los individuos logran coordinar sus distintos planes individuales en un proceso dinámico de competencia. La coordinación es lograda a través de un proceso de descubrimiento de oportunidades de ganancia, las cuales se obtienen en la medida que los empresarios puedan descubrir cuáles son las demandas de los consumidores que deben satisfacer. Es un proceso de aprendizaje (o ensayo y error) de cómo combinar factores productivos y descubrir a qué precios ofrecerlos. La única manera de demostrar científicamente que el empresario ha tenido éxito asignando adecuadamente estos recursos es ex post, en la medida que los consumidores hayan visto satisfechos o coordinados sus planes.

A diferencia, cuando la agencia de competencia enfrenta un caso parte de la asunción de que está en capacidad de poder asignar los recursos de manera ex ante de manera más eficiente que la empresa y, además, fuera de un proceso competitivo, gracias a una simple operación racional de carácter estático. Sin embargo, no toma en cuenta que el mercado es un proceso dinámico de ensayo y error de descubrimiento de cómo coordinar los distintos planes individuales y que no existe mente humana capaz de descubrir ex ante y de manera científica como satisfacer las distintas demandas de los consumidores.

Siendo así, la intervención estática de la agencia de competencia ante una conducta dinámica empresarial puede tener dos implicancias importantes:

En primer lugar, al impedir a una empresa dominante que emplee sus factores productivos según sus expectativas subjetivas de mercado, puede implicar que no se haya llevado a cabo una conducta que en realidad haya permitido la coordinación de los distintos planes de los agentes económicos. Es decir, puede que al final la conducta sí haya permitido una adecuada asignación de recursos. No obstante, dicha coordinación nunca se logró debido a

que según el cálculo de la agencia de competencia ello no era posible. En este punto debemos resaltar algo que parece evidente: la agencia de competencia está compuesta por seres humanos que también están expuestos al error. Es más, dado que no son los que forman parte del proceso de aprendizaje de ensayo y error denominado mercado, son más proclives al error en la asignación de recursos.

En segundo lugar, es posible que la agencia de competencia como parte de su facultad sancionadora imponga una serie de multas en virtud de determinadas prácticas empresariales tipificadas como abuso y que ello desincentive a los agentes económicos a combinar factores productivos a fin de satisfacer a los consumidores. Por ejemplo, si la autoridad sanciona a una empresa por haber diseñado un esquema comercial que para la agencia a priori constituía una mala asignación de recursos, lo que produce es un desincentivo sobre la búsqueda constante de innovación empresarial respecto de otras empresas. Este desincentivo evidentemente redundará en un perjuicio para los consumidores.

El famoso caso antitrust norteamericano de Microsoft es una muestra de lo aseverado (US vs. Microsoft). En Estados Unidos la agencia de competencia conminó a Microsoft a fin de que no atara su sistema operativo a su navegador Internet Explorer. Ello pues, con dicha conducta el mercado de navegadores se alejaba de un mercado de competencia perfecta –o efectiva- por lo que se consideraba ineficiente. Como resultado de esta acción, Microsoft se vio forzada a ofrecer en su plataforma otros navegadores. Sin duda, ello generó el crecimiento de otros navegadores. Empero, el criterio estático aplicado en este caso no permitió que la competencia entre sistemas operativos se desarrollara por otros ámbitos. Por ejemplo, si la agencia de competencia hubiera tenido un enfoque dinámico del proceso competitivo y hubiera reconocido que Microsoft se encontraba en un proceso dinámico de mercado, quizá hoy, sus competidores se hubieran visto obligados a descubrir oportunidades de ganancia al tener que desarrollar sus propios sistemas operativos independientes que permitan ofrecer a los consumidores sus navegadores en lugar de que todos tengan que colgarse del sistema operativo Windows. Así, si Microsoft hubiera asignado de manera ineficiente sus recursos, habrían sido los propios consumidores quienes con sus decisiones de consumo hubieran premiado o castigado una buena o mala decisión por parte de la empresa.

Como se puede apreciar, decisiones como esta minan el propio proceso competitivo de descubrimiento de cómo coordinar los distintos planes en el mercado. Y es que, como señala Buchanan (1979), tener como *benchmark* normativo un modelo en equilibrio es tener como paradigma un modelo de competencia donde no existe competencia y, por la misma razón, no existe actividad económica como tal.

Ello nos lleva a una pregunta final, ¿quién está mejor en posición para decidir cuándo se asignan de manera ineficiente los recursos en el mercado? ¿La agencia de competencia con su modelo estático de mercado o los consumidores a través de sus propias decisiones de consumo? ¿Quiénes pueden tener un mejor acervo de información sobre los distintos planes individuales, la agencia de competencia o los millones de consumidores que día a día realizan transacciones en el mercado? Evidentemente, quienes están en mejor posición, desde un punto de vista científico son los consumidores y los empresarios. Con respecto a los empresarios, señalábamos que ellos al formar parte del proceso dinámico de ensayo y error, están en mejor aptitud para descubrir las preferencias de los consumidores. Con respecto a los consumidores, son ellos quienes conocen su propia escala de valorativa individual y con sus decisiones de compra demostrarán si los recursos en el mercado fueron bien asignados o no. A diferencia, la agencia de competencia no goza de estas virtudes.

En conclusión, considerando que los modelos de equilibrio son enfoques estáticos y siendo que los fenómenos económicos son más bien dinámicos, la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no resulta adecuada para comprender aquellas conductas empresariales perseguidas. Más bien, como hemos demostrado, utilizar el enfoque estático de competencia, donde paradójicamente la competencia ya terminó, puede ser contraproducente para que los agentes económicos puedan coordinar adecuadamente sus planes.

E. Los precios dados vs los precios esperados

Otro aspecto sumamente neurálgico para una adecuada comprensión del proceso de mercado y que no es considerado de manera adecuada por la teoría de la eficiencia de Pareto es lo referido a la función de los precios de mercado.

En los modelos de equilibrio, los precios se encuentran dados. Asimismo, en competencia perfecta, los agentes son meros tomadores de un precio. Esto es, nadie tiene la capacidad de influir en el precio. Así, para la teoría de la eficiencia de Pareto, lo relevante son los precios dados y, en

particular, el precio de equilibrio. De hecho, el criterio preponderante para analizar si un mercado se desempeña de manera ineficiente es el precio. En efecto, el monopolio es rechazado según esta regulación pues es en este esquema los agentes económicos pagan un precio muy caro por unos productos, ‘sacrificando’ el consumo de otros productos que serían más valorados por ellos (PES).

A partir de estos enfoques, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio también parte del estudio de “precios dados” de mercado. Por ejemplo, para analizar si dos productos son sustitutos se emplean los niveles de precios históricos. Si un precio es relativamente mucho más caro que otro, entonces simplemente se excluye del mercado relevante pues se asume que un consumidor no lo considera como un sustituto adecuado. Asimismo, se toma en consideración el precio como un dato para analizar si es que una empresa dominante discriminó a un distribuidor al otorgarle un precio más alto que a su empresa vinculada. También, una disminución en los precios puede ser vista como un efecto pro competitivo en el análisis de una presunta conducta de abuso de posición de dominio. Así, en todo momento, la agencia de competencia se basa en información sobre los precios históricos o precios dados.

Esta perspectiva estática pierde de vista un aspecto sumamente clave: **el sistema de formación de los precios**. En efecto, la teoría de la eficiencia de Pareto y, en particular, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no consideran que para que existan los precios en el mercado, ha existido un proceso en el mercado a través del cual se han formado estos precios y que permiten la coordinación de planes en el mercado.

Ciertamente, para la política de libre competencia, los únicos precios relevantes son aquellos que resultan del cruce de curvas de oferta y de demanda agregadas en determinado punto en el tiempo. No obstante, estos, incluso si existiesen, no son los precios relevantes que deben importar en el análisis de mercado. **En el mercado real, los precios que importan, para la coordinación de los planes individuales de los agentes en el mercado, son aquellos precios futuros.** Veamos.

Los empresarios cuando deciden producir una cierta cantidad de determinados bienes, lo hacen en función de un “precio esperado” de mercado. Si el empresario tiene fe en un cierto precio esperado verá cuánto cuesta producirlo, contratará factores productivos, incurrirá en costos y se lanzará a producir una cierta cantidad de bienes que “espera” poder vender para obtener la rentabilidad “esperada”. Una vez que la producción finalizó los costos están hundidos, son historia. Ahora, la mercadería está en las estanterías esperando que los consumidores compren y formen precios reales. Mientras nadie compre el precio sigue siendo “esperado”. Si los consumidores compran el bien al

“precio esperado”, se transforma en precio real y las expectativas empresariales se confirman (Ravier, 2011).

Si, en cambio, el tiempo transcurre y no se vende, la confianza en el precio esperado empieza a caer y se incurren en problemas de liquidez. Si el bien es perecedero las pérdidas en las que se puede incurrir son mayores. Si el precio esperado no se confirma, el empresario puede renovar sus esperanzas y esperar un tiempo más o si pierde la confianza la única manera que tiene de achicar pérdidas es bajando el precio.

De lo anterior, podemos concluir lo siguiente:

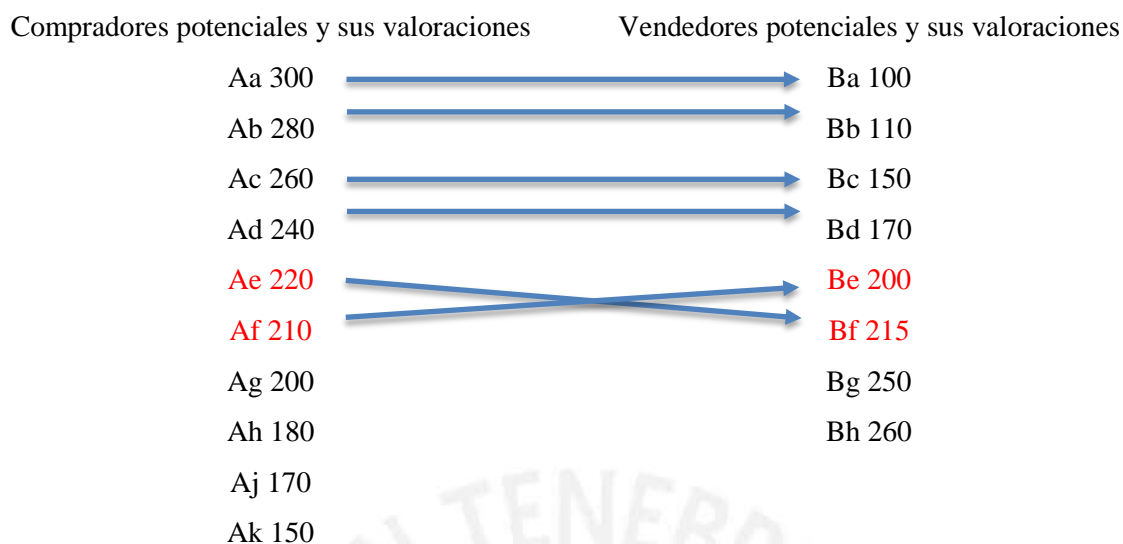
1. Los costos no influyen de ninguna manera en la determinación de los precios. Es la utilidad marginal de los consumidores la que determina los precios: es decir la cantidad disponible y la predisposición a pagar de los consumidores según la utilidad marginal que los bienes les generen.
2. La cantidad ofrecida de bienes no depende del costo marginal de la empresa sino de la rentabilidad esperada por parte de los productores.

Es decir, en el mercado real, la cantidad de bienes y los precios ofrecidos por las empresas dependen en última instancia de las expectativas que tenga aquél respecto de la utilidad o preferencia de los consumidores. **En donde exista congruencia entre el precio esperado y el precio real pagado por el consumidor (a decir, una coordinación entre dos planes), habrá una oportunidad de ganancia descubierta por el empresario. Así, los precios de mercado no se encuentran dados sino que dependen de las oportunidades de ganancia por descubrir del empresario en el mercado.**

Esto es, los precios son el resultado de un proceso y no están dados.

Veamos a continuación un mercado en competencia, particularmente distinto al de los modelos de competencia perfecta y de monopolio, a efectos de entender cómo se forman los precios.

Imaginemos dos grupos, uno de vendedores potenciales y otros de compradores potenciales de un bien, con sus valoraciones subjetivas respecto del mismo, en un momento de tiempo dado:



Para determinar cómo se producirá una relación de intercambio, analicemos primero quiénes no podrán realizar una relación de intercambio. Recordemos en primer lugar que, como hemos estudiado, para que se produzca una relación de intercambio, la valoración del comprador tiene que ser superior que la valoración del vendedor respecto del bien. Así, Aa podría hacer un intercambio con Ba, Ab con Bb, etc., hasta que Ae pueda hacer un intercambio con Bf y Af pueda hacer lo propio con Be. En este caso, los compradores excluidos serán Ag, Ah, Aj y Ak; mientras que los vendedores excluidos serían Bg y Bh. De esta manera, la competencia entre los compradores y vendedores generaría que el solo Ae y Bf lleguen a una transacción y la competencia entre vendedores generaría que solo Af y Be lleguen a una transacción.

¿Cuál sería el precio del bien en este mercado? El precio se ubicaría entre el último comprador no excluido que menos valora la compra y el último vendedor no excluido que más valora la venta. Así, el precio del bien se ubicaría entre [210-215].

Como se puede observar, la formación del precio no dependió en lo absoluto del número de agentes en el mercado, como propone el paradigma ECD. El precio dependió en última instancia, exclusivamente de las valoraciones subjetivas de los agentes en el mercado respecto de los precios esperados.

Ahora bien, ¿cómo se nutren de conocimiento los empresarios respecto de estos precios esperados? O, ¿cómo calculan los empresarios este precio esperado? Es en este punto donde entra a tallar el sistema de precios.

En efecto, el sistema de precios o los precios de mercado sirven para que el empresario pueda calcular un precio esperado. Ello porque los precios de mercado representan las valoraciones subjetivas de los distintos agentes en el mercado respecto de los bienes. Esto es, un precio que fue pagado es ejemplo de de una necesidad satisfecha o de una coordinación en el mercado por lo que sirve como una fuente de información para que el empresario sepa como calcular sus precios esperados. En este contexto, Hayek (1945) sostiene: “(...) los precios pueden actuar como elementos de coordinación de las acciones individuales llevadas a cabo por diferentes sujetos, en el mismo sentido en que las valoraciones subjetivas ayudan a los individuos a coordinar las partes de su plan”.

A efectos de entender cómo el sistema de precios o los precios de mercado ayudan a los empresarios a calcular sus precios esperados, Hayek (1945) nos narra un ejemplo bastante ilustrativo:

Supongamos que en alguna parte del mundo ha surgido una nueva oportunidad de utilización de alguna materia prima como, por ejemplo, el estaño; o que una de las fuentes de abastecimiento de estaño ha sido eliminada. Para nuestro propósito no importa —y es significativo que así sea— cuál de estas dos causas ha hecho del estaño un recurso más escaso; todo lo que los usuarios de estaño necesitan saber es que parte del material que solían consumir se emplea ahora de forma más rentable en otro sitio y que, por consiguiente, deben economizar estaño. Para la mayoría no es ni siquiera necesario saber dónde ha surgido la necesidad más urgente, o a favor de qué otras necesidades tienen que gestionar la oferta, puesto que si sólo algunos de ellos conocen directamente la nueva demanda y orientan los recursos hacia ella, y si la gente que conoce el vacío así creado lo llena a su vez con otros recursos, el efecto se extenderá rápidamente por todo el sistema económico e influirá no sólo a los usuarios de estaño, sino también a los consumidores de sus sustitutos y a los de los sustitutos de éstos, a la oferta de todas las cosas hechas con estaño y sus sustitutos, etc.; y todo ello sin que la inmensa mayoría de todos aquellos que participan de forma decisiva en la realización de esas sustituciones sepan nada acerca de la causa original de estos cambios. El conjunto actúa como un mercado, no porque uno de los miembros supervise todo el campo, sino porque sus limitados campos individuales de visión se superponen suficientemente y de forma que, a

través de muchos intermediarios, la información relevante es transmitida a todos. El mero hecho de que haya un solo precio para cualquier mercancía —o, más bien, el que los precios locales estén conectados de determinada forma por el coste del transporte, etc. — lleva a la solución a la que (es conceptualmente posible) podría haber llegado una única mente que poseyera toda la información que se encuentra, de hecho, dispersa entre todas las personas implicadas en el proceso.

Es decir, **el sistema de precios es una herramienta de transmisión de información en el mercado sobre las necesidades más urgentes y permiten al empresario tomar decisiones de precios e inversión.** En ese sentido, el sistema de precios sirve de dos maneras (Boetkke, 1997):

- Ex ante, los precios transmiten conocimiento acerca de las escaseces relativas de los bienes a los varios participantes del mercado de manera que ellos puedan ajustar su consecuente comportamiento. Si el precio del bien sube, transmite sus escases y la información relativa a que deben economizar su uso.
- Ex post, cumplen la función de revelar los beneficios o pérdidas de las acciones económicas llevadas a cabo. Los aciertos empresariales son premiados con beneficios, y los desaciertos son penalizados con pérdidas. En ese sentido, ayuda a los participantes a evaluar sus decisiones de mercado y/o corregir las hechas. Las discrepancias entre los precios actuales y los precios del futuro proveen el incentivo a los empresarios para descubrir las “hasta ahora” desconocidas oportunidades de ganancia.

Es en ese orden de ideas que afirmamos que el sistema de precios sirve como un sistema de transmisión de información para que el empresario pueda realizar el cálculo económico respecto de los precios esperados. Es importante señalar que si bien los precios de mercado cumplen dicha función, aquellos no brindan un conocimiento de tipo científico al empresario a efectos de que este pueda calcular un precio de mercado (Hayek, 1945) sino que el sistema de precios sirve como una de las referencias más importantes para su cálculo. Ello porque el conocimiento relevante sobre los precios de mercado (que está referido a las utilidades marginales de los consumidores), se encuentra

disperso entre varios individuos y es a su vez cambiante de manera constante, siendo el sistema de precios el mecanismo más eficiente que canaliza toda esta información.

El sistema de precios presenta dos características claves que hacen que sea una herramienta de información muy útil para el empresario. En primer lugar, el sistema de precios es de carácter dinámico en tanto que responde a las variaciones de las preferencias subjetivas de las personas (en particular, de los consumidores). Por ello, el empresario siempre se encuentra en un proceso continuo de ensayo y error de adquisición de conocimiento del sistema de precios. Más aún pues esta información no es perfecta. Si lo fuera, nada más sería necesario para formar una expectativa de precios futuros aunque ello no es así.

En segundo lugar, la información que recoge el sistema de precios es información que se encuentra dispersa en el mercado (son las valoraciones de distintos individuos en diferentes mercados). Debido a ello, el conocimiento que puede adquirir el empresario de este sistema recoge las distintas valoraciones subjetivas de los bienes y servicios de los consumidores.

Son estas características del sistema de precios que permiten al empresario adquirir un mejor conocimiento sobre qué producir, a qué precios y a cuánto, para cada circunstancia particular de tiempo y lugar. Esto es, para cada mercado en determinado momento.

Es importante notar que el sistema de precios no solo transmite información sobre las distintas valoraciones de los consumidores. También proporciona al empresario información vital sobre los factores de producción, siendo una de las principales funciones del mercado, no únicamente determinar el precio, sino también calcular el coste de los pasos previos que llevan a la etapa de la transacción final (Mises, 2007^a).

En efecto, el sistema de precios le permite al empresario decidir qué factores productivos emplear para la producción de determinados bienes y en qué medida. En tanto que descubra necesidades más urgentes y una mayor rentabilidad, ello le permitirá asignar una mayor cantidad de factores productivos a dicho mercado. Sobre el particular, Rothbard (2015, p.2) sostiene:

One of the great, if often unsung, merits of the free enterprise economy is that it alone can insure a smooth, rational distribution and allocation of productive resources.

Through the free price systems, consumers signal laborers, capitalists, and businessmen on which occupations are most urgently needed, and the intricate, automatic workings of the price system convey these messages to everyone, thereby creating an efficient, smoothly working economy.

Incluso, yendo un poco más atrás en la estructura financiera del mercado, podemos afirmar que el sistema de precios permite a los capitalistas descubrir aquellos mercados subvaluados que dan como resultado que la tasa de retorno sea mucho mayor al costo promedio del capital invertido (Cachanosky, 2000). En efecto, los precios altos que arroje un sistema de precios permitirán a los inversionistas descubrir oportunidades de ganancia y, en consecuencia, mover capital de los mercados donde las ganancias no son muy altas a mercados con un mayor diferencial entre la tasa de retorno esperada y el costo del capital invertido.

Como se puede ver, el sistema de precios provee alguna guía en la corrección y evitación de errores en las decisiones empresariales. Este proceso dinámico de detección y corrección de errores llamado sistema de precios está ausente en los modelos formales de la economía que tienen como premisa el equilibrio estático (Boettke, 1997).

En efecto, que los agentes económicos sean meros tomadores de precio no nos dice nada del mercado real. En el mercado real, los precios se forman en función de las expectativas que tengan los empresarios respecto de las utilidades marginales de los consumidores. No es que exista de la nada un precio de equilibrio el cual pueda seguirse a ciegas. A partir de ahí, consideramos que se debe descartar el modelo de mercado en competencia perfecta como paradigma normativo en tanto que apuntar hacia él hace pasar por alto el hecho de que existe un proceso de formación de precios que coadyuva a la coordinación de los distintos planes entre capitalistas, empresarios y consumidores. Si existiera un precio en equilibrio, la coordinación de los planes sería automática, pero como no existe, este proceso de coordinación necesita ajustarse y eso se puede hacer mediante el sistema de precios, en un proceso continuo de aprendizaje, aspecto que es ignorado por los modelos de equilibrio.

Si descartamos a los modelos de equilibrio como paradigma normativo, la regulación de las conductas de abuso de posición se queda sin sustento teórico pues esta política también deja de lado el importante proceso que permite la coordinación de los distintos planes de los individuos.

Ciertamente, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio únicamente se basa en precios históricos cuando estos no son los relevantes para el mercado sino los precios esperados.

De esta manera, algunos usos de los precios históricos por parte de la agencia de competencia deben ser reconsiderados. Por ejemplo, cuando se analizan los precios para medir la sustituibilidad de productos. Si el precio de un bien se incrementa y su consumo no disminuye, no quiere decir que el bien no tenga sustitutos. Lo único que puede afirmarse objetiva y científicamente es que en determinada circunstancia de tiempo y lugar, determinados bienes producidos por empresarios generan una gran utilidad marginal para los consumidores que, a pesar del incremento, siguen los siguen beneficiando (el precio refleja una alta valoración de los consumidores no una mala asignación de recursos). Ello no puede verse como una característica negativa que facilita a una empresa el ejercer posición de dominio sino como una herramienta de adquisición de información para que otras empresas descubran oportunidades de ganancia, e ingresen a dicho mercado, debido a la existencia de una gran utilidad marginal del consumidor. Nótese que cuando el enfoque teórico varía, las prescripciones normativas también varían. En efecto, una cuestión es señalar que la poca sustituibilidad de un producto genera que exista un mercado poco competitivo con una empresa dominante y, por lo tanto, este debe regularse o restringirse como lo hace el Decreto Legislativo 1034; y otra es señalar que la poca sustituibilidad sirve como una señal para que otras empresas ingresen al mercado y, por lo tanto, debe facilitarse que esta información sobre las valoraciones de los consumidores se difunda en el mercado.

Sucede una cuestión similar cuando la agencia de competencia analiza un supuesto de una empresa dominante que incrementa un precio de un factor de producción para un competidor (una discriminación). Recordemos que el costo de los factores de producción depende de los precios de los bienes finales. Si una empresa dominante incrementa el precio de un factor de producción a un competidor, y si este decide comprarlo a ese precio es porque tiene la expectativa racional de que los potenciales consumidores podrán seguir comprando el bien final y, en consecuencia, no se puede hablar de una discriminación o una mala asignación de recursos. Si no decide comprarlo, es porque la empresa dominante tiene la expectativa racional de que los consumidores valorarán poco el precio final del bien de manera que se justifique no haber empleado el factor productivo para otros usos (dárselo al consumidor). En cualquier caso, los precios finales del bien determinarán si es que el precio asignado al factor productivo por parte de la empresa dominante fue el correcto o no. De ninguna manera, se puede determinar ello ex ante o se puede sancionar a una empresa por

formarse determinada expectativa de precios pues solo es eso, una expectativa y no un conocimiento objetivo.

La agencia de competencia, al emitir prescripciones normativas sobre la base de un modelo estático, puede dictar medidas contraproducentes que distorsionan o afectan el desarrollo del sistema de precios en el mercado. Este tipo de prescripciones genera que la información sobre las valoraciones de los bienes no pueda penetrar por las distintas ramas del mercado, impidiendo la transmisión de información hacia todos los agentes del mercado. En efecto, solo basarse en el análisis estático de los precios dados, donde no existe competencia, para analizar un mercado puede llevar a la agencia de competencia a emitir prescripciones que más bien atenten contra la coordinación de los planes individuales en el mercado en la medida que distorsionen el proceso o sistema de formación de precios.

Y es que el sistema de precios sirve adecuadamente para el cálculo económico sólo en el contexto de un proceso de competencia no intervenido por ninguna entidad gubernamental. La utilidad del sistema de precios disminuirá en tanto que este sea rígido o se encuentre intervenido, perdiendo su dinamismo. Hayek (1945) en esa línea sostiene:

(...) Si queremos comprender su verdadera función, debemos considerar al sistema de precios como un mecanismo para comunicar información; función que, por supuesto, cumple menos perfectamente a medida que los precios se vuelven más rígidos. (No obstante, incluso cuando los precios fijados se hubieran vuelto bastante rígidos, las fuerzas que operarían a través de los cambios de los precios todavía operarían de forma significativa mediante cambios en otros términos del contrato).

Si el sistema de precios se encuentra intervenido y, en consecuencia, distorsionado (como por ejemplo, con una medida gubernamental de fijación de precios o una imposición que impida a una empresa dominante decidir sobre el uso de sus factores productivos) entonces la información que puede transmitir el sistema de precios al empresario es más limitada y, debido a ello, el

conocimiento que este adquiriera sobre el mercado también lo será. Así, nuestra crítica, en ese sentido, es que la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio utiliza los precios dados sin tener en cuenta el proceso mediante el cual “se dan” estos precios e ignora cuál es el rol de este sistema para el funcionamiento del mercado, lo cual atenta contra las bondades del sistema de precios de mercado.

F. Una economía sin beneficios empresariales vs una economía con beneficios empresariales

Muy en línea con el punto anterior, otro aspecto que es distorsionado por la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio son los beneficios empresariales.

De acuerdo con el modelo de competencia perfecta, en tanto que el precio de equilibrio es igual al costo marginal, los beneficios no existen. De manera contradictoria, en estos modelos, las empresas, como *homo economicus*, ofrecerían sus productos sin obtener beneficio alguno. Asimismo, según la teoría de la eficiencia de Pareto, la existencia de beneficios empresariales representa PES o ineficiencia social.

Es evidente que en el mercado real sí existe beneficio empresarial de todas las empresas independientemente de su tamaño. De hecho, un mercado en el que los precios son iguales a los costes no es un mercado de cero beneficios sino es uno de pérdidas. En efecto, estas pérdidas pueden darse en la medida que pudo haber sido más rentable dedicar factores productivos en otra industria (coste de oportunidad) o porque el transcurso del tiempo generó una tasa de interés respecto del capital que se emplea para adquirir los factores productivos que no se ve compensada por el precio final de los bienes.

En ese sentido, la pregunta es, cuán viable es tener una política cuyo *benchmark* normativo es un modelo de mercado en donde no existe el beneficio empresarial o incluso pueden existir pérdidas empresariales. Al respecto, Salsman (2005, p.30) sostiene:

(...) La restricción más bizarra en la teoría de la competencia perfecta es que requiere que las empresas no establezcan precios por encima de los costos variables de producirlos. **Este requisito, esencialmente prohíbe los beneficios y requiere pérdidas.** ¿Por qué? Porque los costos variables o marginales son aquellos que suben y decrecen con los cambios en la cantidad de unidades producirás; estos

costos incluyen materiales, labor y energía. Empero estos son solo una porción de los costos totales de la firma. Hay costos fijos, salarios pagados a empresarios, investigación y desarrollo, propiedad intelectual (...), fábricas y equipamiento. Los costos fijos son indispensables. Un negocio no puede existir sin estos. Si tales costos son incurridos y no cubiertos por el precio, el resultado es pérdidas y una empresa no puede continuar existiendo. Si tales costos son apenas cubiertos con el precio, un negocio puede apenas ser mantenido. De hecho, se estanca. Solo si ambos, los costos fijos y costos, son más que cubiertos por el precio, -esto es, solo si el beneficio existe entonces un negocio puede expandir sus instalaciones y producir más en el futuro.

A partir de ahí, podemos sostener las siguientes críticas:

- (i) El modelo de competencia perfecta es inconsistente internamente pues no es posible que se exija que los agentes económicos sean del tipo *homo economicus* y a la vez que estos participen del mercado a pérdida.
- (ii) El modelo de competencia perfecta es inconsistente en tanto que no podría existir un mercado en el largo plazo con agentes que siempre incurren en pérdidas.

Este mismo enfoque anti beneficios se aprecia en la regulación de conductas de abuso de posición de dominio. De acuerdo con el Decreto Legislativo 1034, está prohibido que la empresa dominante, derivado de una conducta de abuso, obtenga beneficios y cause perjuicios anticompetitivos. ¿Cuáles son estos beneficios? De acuerdo con la jurisprudencia antimonopolio, estos beneficios están relacionados con aquellos ingresos que recibe la empresa, derivados de la cuota de mercado que gana, luego de haber excluido a sus competidores. Es decir, aquellos ingresos que percibe al comportarse como un supuesto monopolista.

Por ejemplo, si una empresa impone una exclusividad para compartir determinado factor de producción y establece un plazo de 20 años, es posible que la agencia de competencia determine que los beneficios que obtenga durante dicho periodo sean ilícitos sin importar lo que la empresa alegue en relación al costo de inversión en dicho activo. La agencia de competencia en este caso, determinará un plazo y tasa de retorno razonable a efectos de establecer un “beneficio razonable”. Los beneficios más allá del plazo razonable, serán ilegales.

Otra evidencia respecto del enfoque inadecuado de los beneficios empresariales por parte de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio es el índice de Lerner. Al respecto, Figari et al. sostienen: “Una manera de medir el poder de mercado de una empresa, es decir, la desviación del precio al nivel de producción maximizador de beneficios de la empresa, respecto del costo marginal de la empresa a dicho nivel de producción, es a través del Índice de Lerner”.

Es decir, en tanto la empresa tenga más beneficios, tendrá mayor poder de mercado.

Sin duda, consideramos que el enfoque con el que la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio trata los beneficios en el mercado es erróneo por distintas razones.

En primer lugar, el modelo de competencia perfecta con cero beneficios, soporta la idea que mientras más competitivo un mercado, las empresas tienden a bajar el precio hasta desaparecerlo. En realidad, este enfoque es bastante limitado pues el precio no es el único factor que los consumidores evalúan al momento de tomar sus decisiones de consumo. La competencia significa un proceso rival en el cual los empresarios pugnan por descubrir oportunidades de ganancia. Las ganancias se darán en la medida que las empresas puedan ofrecer productos que satisfacen a los consumidores. Ex ante, es imposible saber cuál será este producto que reputará las mejores ganancias. Siendo así, no es verdad que la competencia genere necesariamente que los precios bajen. Existen mercados sumamente competitivos donde los precios pueden irse incrementando así como las tasas de beneficio de las empresas. Por ejemplo, el mercado de teléfonos celulares es un mercado bastante competitivo donde los precios no se han ido a la baja.

En segundo lugar, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no entiende la naturaleza del beneficio. **El beneficio empresarial es la creación de valor económico por encima del valor que es necesariamente consumido en el proceso de producción.** Incluso, en las etapas más tempranas y simples de producción –a decir, cuando un hombre siembra su alimento necesario– encontramos la creación de beneficio (Salsman, 2005, p. 30). Dado que el beneficio es la creación neta de bienestar, **el beneficio y la producción son sinónimos.** Ciertamente, cuando un hombre cosecha verduras, si no recibe más de lo que gastó, no habrá producido nada. Su trabajo habrá sido desperdiciado.

Si el beneficio es igual a la producción y a la creación de valor económico, entonces no se puede hablar de una mala asignación de recursos cuando una empresa con poder de mercado produce y

cobra un precio por encima del precio de equilibrio. Así, no es verdad que las empresas dominantes generen una mala asignación de recursos incluso excluyendo a sus competidores. **Si las empresas han logrado colocar sus productos aún en un entorno con pocos agentes económicos (o con agentes excluidos) y a precios por encima del equilibrio, ello quiere decir que están creando valor en el mercado.** Los defensores de la regulación de dichas conductas podrán afirmar “sí pero se habría creado más valor en un entorno con más agentes económicos”. Lo cierto es que eso es una especulación que no se puede comprobar ex ante de manera científica. Solo un proceso dinámico de competencia no intervenido demostrará si se asignaron o no recursos de manera eficiente.

En tercer lugar, el beneficio es aquél premio por atender bien a los consumidores. En efecto, el beneficio empresarial es la evidencia objetiva de que se ha creado valor económico para los consumidores. Dado que el beneficio económico es sinónimo de producción, no debe sorprendernos que la mayoría de las empresas más rentables llegan a ser las empresas más grandes. Como señala (Armentano, 2001), “que los consumidores elijan pagar precios más altos para cubrir los altos costos de productos diferenciados no prueba nada sobre ineficiencia o desperdicio, ni de una mala asignación de recursos”. Los economistas hoy ven a las empresas grandes como evidencia de poder de mercado que puede afectar a otros. Pero debiera ser obvio que la cuota de mercado de una empresa es únicamente la suma del valor de todos sus productos comparados en relación con el valor de los productos de sus competidores. De hecho, el producto que es vendido no pertenece más a sus productos, se convierte en la propiedad del comprador. Por ello, “una empresa de gran tamaño es evidencia de una empresa rentable en el tiempo, un gran productor que ha atraído una amplia base de consumidores satisfechos en comparación con la capacidad de atracción de otras compañías” (Salsman, 2005).

Incluso, aquellos beneficios económicos que se perciben luego de haber negado el acceso a un factor de producción a su competidor u ofrecérselo a un precio mayor significan la creación de valor en el mercado. De ninguna manera pueden considerarse como beneficios anticompetitivos sino que implican la capacidad de la empresa dominante de crear mayor valor a partir de sus factores productivos.

Porque una empresa tenga posición de dominio en un mercado no se le debe castigar prohibiéndole que realice conductas que a otras empresas más pequeñas sí se les está permitido. Si consideramos que la cuota de mercado es el resultado del beneficio empresarial y de la creación de valor como hemos demostrado, entonces dicha prohibición implica un castigo a

aquellas empresas más eficientes en tanto que no se les permite seguir creciendo debido a la prohibición de “abusar de su posición dominante”.

G. Una economía con función empresarial vs una economía sin función empresarial

En los modelos de competencia, donde todos los recursos se encuentran dados, las preferencias son conocidas de manera perfecta y los agentes son meros tomadores de precio, la coordinación de los distintos planes es automática. Más aún, la función de producción óptima de las empresas en el mercado se puede calcular mediante una operación matemática y así hallar el punto de equilibrio. En este modelo, la figura del empresario es totalmente inútil pues sería en el mejor de los casos un mero registrador de las preferencias de los consumidores (Ridpath, 2005).

Es decir, la regulación de las conductas de abuso de dominio, **la cual tiene por objeto establecer restricciones a las actuaciones empresariales, se sustenta en una teoría en la que la empresarialidad o la función empresarial no existen.**

Cabe señalar que esta carencia científica se encuentra bastante relacionada con los aspectos analizados anteriormente. En efecto, en un sistema donde no existen sistema de precios o beneficios empresariales, no es necesario de descubrir información por lo que la figura del empresario es totalmente dispensable.

Este enfoque hierra en el hecho de que en el mercado real la información sobre los distintos fines y medios de los agentes económicos no se encuentran dada o centralizada sino que es incierta. En ese sentido, en el mercado real la coordinación no es automática sino que debe descubrirse en un proceso dinámico de ajuste denominado mercado. Esta coordinación se produce gracias a la función empresarial o empresarialidad según explicaremos.

Como venimos enfatizando a lo largo del presente capítulo, la economía trata del estudio de la acción humana real (*homo agens*). Trata del hombre o agente económico que, a fin de satisfacer sus necesidades en un futuro, actúa invirtiendo distintos medios hoy. Asimismo, en el mercado concurren distintos agentes económicos con sus distintos fines y medios. Cada agente económico enfrenta el problema de que debe encontrar a otro agente económico cuyas necesidades sean los medios que el primero está dispuesto a sacrificar y que a la vez sea poseedor de aquellos medios que al adquirirlos satisfacen sus necesidades. Una vez que ambos agentes económicos se encuentren, deberán llevar a cabo cada uno una acción consistente en una transacción. El éxito de la

transacción o la coordinación de ambos planes se habrán producido si es que ambos agentes económicos obtuvieron lo que esperaron cuando se cruzaron. Es decir, ex post. Evidentemente, dicha transacción podrá fracasar para una o ambas partes. En ese caso, uno o ambos agentes no habrán podido coordinar sus planes. A la gran cantidad de transacciones la denominamos mercado.

En cada acción que lleva a cabo el agente económico está presente la función empresarial. Esto es, la empresarialidad está referida a una actitud humana que consiste en intentar continuamente buscar, descubrir, crear o darse cuenta de nuevos fines y medios, a fin de satisfacer sus planes (Huerta de Soto, 2011). La función empresarial encuentra su origen debido a los siguientes aspectos:

- *Fines y medios no están dados en el mercado:* Los fines y medios en el mercado (estos es, las preferencias y los recursos que los consumidores están dispuestos a sacrificar) no están dados en el mercado sino que, por el contrario, son el resultado de la esencial actividad empresarial que consiste precisamente en crear, descubrir o, simplemente, darse cuenta de cuáles son los fines y medios relevantes para el actor en cada circunstancia de su vida (Huerta de Soto, 2011). Por ello se afirma que el ejercicio de la empresarialidad implica una especial perspicacia (*alertness*), es decir un continuo estar alerta, que hace posible al ser humano descubrir y darse cuenta de lo que ocurre a su alrededor (Kirzner, 1973, p. 65-69).
- *La existencia de incertidumbre:* Debemos considerar que la acción humana no es inmediata o momentánea como en el modelo de mercado en competencia perfecta sino que toma un tiempo para su realización. Esto es porque se sacrifican medios hoy, a fin de satisfacer fines en el futuro. Dado que el futuro por definición es desconocido, entonces existe incertidumbre en el mercado sobre el curso de las distintas acciones. Ciertamente, al inicio de la acción, el hombre solo tiene un plan de acción, una idea de cuál será el resultado de emprender dicha acción. En este momento, para que el plan sea coordinado, se necesita de una función empresarial creativa, que maquine los distintos cursos de acción.
- *El efecto aprendizaje:* La acción humana es siempre racional, en el sentido de que, ex ante, el actor siempre busca y selecciona los medios que cree más adecuados para alcanzar los fines que considera que le merecen la pena. Sin embargo, siempre está la posibilidad de que, ex post, el actor descubra que cometió un error, es decir, que ha incurrido en pérdidas,

al elegir determinados fines o medios sin darse cuenta de que existían otros para él de más valor. En este contexto, es la función empresarial que permite a los agentes darse cuenta de aquellos errores (desajustes o descoordinaciones), aprender de ellos, dando lugar a nuevas oportunidades de ganancia futuras.

Como se puede apreciar, la función empresarial facilita que los agentes puedan coordinar sus planes dentro de un contexto real en el cual hay incertidumbre y existe una dimensión temporal. Ello pues permite, “descubrir y apreciar (...) las oportunidades de alcanzar algún fin o, si se prefiere, de lograr alguna ganancia o beneficio que se presenta en el entorno, actuando en consecuencia para aprovecharlas” (Huerta de Soto, 2011).

En el mercado real, la función empresarial es sumamente importante pues permite la coordinación de los distintos planes en el mercado. Es la función empresarial la que genera que el mercado no esté determinado por los recursos dados (por ejemplo, las reservas de petróleo) como en el mercado de competencia perfecta, sino por el conocimiento humano empresarial (el descubrimiento, por ejemplo, de un carburador que duplique la eficiencia de los motores de explosión tiene el mismo efecto económico que una duplicación del total de reservas físicas de petróleo) (Huerta de Soto, 2000).

La función empresarial la ejercen tanto los consumidores como productores. No obstante, se hace más palpable en el lado de los ofertantes. Ciertamente, las empresas son aquellos agentes que deben estar atentos a las oportunidades de ganancia en el mercado. Estas evidentemente se producirán en la medida que se sepa atender bien a los consumidores. Sin embargo, la función empresarial también permite generar nuevas oportunidades de ganancia cuando “Los vendedores pueden vender a precios inferiores que los actuales” o “Los compradores pueden haber pagado precios mayores que los mínimos requeridos para obtener lo comprado” (Kirzner, 1986). Es decir, cuando hay una oportunidad para colocar a un precio determinado que antes no se estaba colocando por un *error empresarial puro*, arbitrar o especular en el precio. Ciertamente, los empresarios descubren oportunidades de ganancia pues advierten fines de consumidores que no han sido satisfechos o que bien aún no han sido descubiertos. Entonces, dedican factores de producción con el propósito de cubrir dichas preferencias.

Por ejemplo, en el Perú, la cerveza del empresario A tiene un precio “X”. El empresario B *se da cuenta* que X es un precio muy alto o que la calidad de la cerveza no corresponde al precio X. Entonces, B dedica factores productivos ya sea para fabricar su propia cerveza y colocarla a un

precio inferior o al mismo pero a una calidad superior. Si le va bien en el mercado, entonces habrá descubierto un error empresarial puro del primer productor de cerveza y, a su vez, habrá hecho de él una oportunidad de ganancia. Incluso, el empresario podría ver una oportunidad de ganancia en ya no ofrecer cervezas en el mercado sino vinos importados. En estos casos, si en la venta de vinos le va muy bien, B habrá descubierto que el consumidor tenía una preferencia aún no descubierta. En cualquiera de estos casos, la función empresarial habrá permitido coordinar los planes de los consumidores, sea porque los medios no estaban dados (estaban pagando un precio X errado) o porque sus fines tampoco estaban dados (el consumo del vino resultó ser un fin más urgente que el consumo de la cerveza).

De esta manera, podemos afirmar que la función empresarial tiene los siguientes atributos:

- i) Crea información: Tanto la acción de A como la acción de B en nuestro ejemplo generaron información de tipo empresarial en el mercado. Esta información (relacionada con las preferencias de los consumidores y disposiciones a pagar por los distintos productos) antes no existía.
- ii) Transmite información: Gracias al sistema de precios, la acción empresarial de A transmitió información a B sobre los posibles desajustes o descoordinaciones.
- iii) Permite el aprendizaje: En tanto que la acción empresarial no se vea interrumpida de manera forzosa por una fuerza exógena, como la regulación estatal, B podrá haber aprendido de los errores de A con respecto a su expectativa errónea de la disposición a pagar de los consumidores. A su vez, A podrá aprender de B así falle o acierte en su acción empresarial

Como se puede ver, nada de lo dicho hasta este punto se encuentra presente en la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. En los modelos de competencia perfecta y de monopolio no es necesario el empresario pues todo se coordina irrealmente por arte de magia. Los productores saben qué producir y en cuánto y en qué cantidad. Los consumidores solo aceptan.

Si la teoría que sustenta regulación adolece de dicho vicio, entonces la regulación también “estará viciada”. En efecto, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio pasa por alto que existe una necesidad de coordinar los planes de los consumidores en los distintos mercados a través de la función empresarial. De hecho, sostenemos que muchas de las manifestaciones de la

función empresarial, que son acciones tendientes a la coordinación del mercado, son consideradas como abusos de posición de dominio y, en consecuencia, sancionadas. En esa línea, consideramos que dicha regulación es contraproducente al ejercicio de la función empresarial y, por lo tanto, impide la coordinación del mercado, principalmente, por las siguientes razones:

- (i) Privilegia un mercado con una estructura atomizada basándose en la teoría de la eficiencia de Pareto cuando en realidad lo que permite la coordinación en el mercado es cuánto pueda el empresario coordinar los planes de los consumidores. Si hay uno o cincuenta empresarios es indiferente. La coordinación, y en consecuencia el bienestar general, se dará en la medida que los consumidores estén bien atendidos. En ese sentido, puede prohibir conductas empresariales que pueden ser exitosas, empero, con tal de forzar la permanencia de un competidor, puede estar obstruyéndose la función empresarial.
- (ii) Como parte de la búsqueda de oportunidades de ganancia, una acción empresarial puede implicar negar proveerle un bien a un competidor, ofrecerle un bien en condiciones diferenciadas, atar el producto en razón de otro producto, etcétera. Sin embargo, en la equivocada idea de que también puede ejercer función empresarial, puede prohibir dichos intentos de coordinación pues considera que dichas actuaciones constituye una mala asignación de recursos ex ante.
- (iii) Los resultados de la acción empresarial no se pueden conocer ex ante. Sin embargo, la agencia de competencia puede imponer sanciones sobre la base de predicciones o asunciones que carecen de rigurosidad científica, impidiendo el ejercicio de la función empresarial y desincentivando futuras acciones empresariales destinadas a generar la coordinación en el mercado.
- (iv) Incluso, si una empresa dominante cometiera un *error empresarial* (mala asignación de recursos), esto cumple la función social de crear información nueva y transmitir información en el mercado para que otros agentes económicos puedan descubrir nuevas oportunidades de ganancia atendiendo mejor a los consumidores. Estos errores empresariales no están relacionados con engañar a los consumidores o robarles su dinero sino con no haber descubierto adecuadamente cuáles eran las preferencias de estos. En tal sentido, la acción de la agencia de competencia limita que nuevas empresas puedan descubrir oportunidades de ganancia derivadas de una mejor atención a los consumidores. Esto es, restringe el proceso de aprendizaje dinámico de mercado.

- (v) Las decisiones subjetivas de la agencia de competencia, a decir los precedentes, pueden generar desincentivos en el mercado que restringen la función empresarial y, en consecuencia la innovación y mejora continua de procesos y bienes y servicios.

Si la regulación bajo crítica considerara el rol de la función empresarial en el mercado, no impediría que las empresas diseñen o implementen nuevos esquemas comerciales en la idea errada de que se debe privilegiar una estructura atomizada o de que la agencia de competencia puede determinar ex ante y de manera objetiva cuál es la mejor asignación de recursos en el mercado. Como señala el profesor Huerta de Soto (2011):

(...) que el hombre tiende a descubrir la información que le interesa, por lo que, si existe libertad en cuanto a la consecución de fines e intereses, estos mismos actuarán como incentivo, y harán posible que aquel que ejerce la función empresarial motivada por dicho incentivo perciba y descubra continuamente la información práctica relevante para la consecución de los fines propuestos. Y al revés, si por cualquier razón se acota o se cierra el campo para el ejercicio de la empresarialidad en determinada área de la vida social (mediante restricciones coactivas de tipo legal o institucional), entonces los seres humanos ni siquiera se plantearán la posibilidad de lograr o alcanzar fines en esas áreas prohibidas o limitadas, por lo que, al no ser posible el fin, éste no actuará como incentivo, y como consecuencia de ello tampoco se percibirá ni descubrirá información práctica alguna relevante para la consecución del mismo.

H. Competencia Estática Vs Competencia Real

Como hemos incidido a lo largo del presente trabajo, los presupuestos irreales de los modelos de equilibrio hacen que la teoría de la eficiencia de Pareto no ilustre cómo funciona el mercado real. En esa línea, **una de las principales críticas de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio que planteamos en el presente trabajo es que se sustenta en una teoría donde no existe es inexistente.**

En efecto, los modelos de competencia perfecta y de monopolio representan un estado final de cosas donde ya los planes de las empresas y consumidores se encuentran coordinados perfectamente. Sin embargo, estos modelos no explican cómo es que se logra dicha coordinación.

Ciertamente, en los mercados reales, los planes no se encuentran coordinados automáticamente. Más bien, existen mercados en los que se puede apreciar una mejor coordinación que en otros. En otras palabras, existen mercados sumamente competitivos donde los consumidores están siendo mejor atendidos que otros y ello, independientemente de la estructura concentrada o atomizada que ostente.

En ese orden de ideas, sostenemos que las características del modelo de mercado en competencia perfecta no necesariamente son sinónimo de un mercado que funcione de manera competitiva y genere bienestar social. Por ejemplo, en el mercado de teléfonos móviles, la diferenciación de productos es clave; la asimetría informativa es clara; y, sin duda, ni las empresas ofertantes ni los consumidores son ‘meros tomadores de precios’ –características todas opuestas al mercado en competencia perfecta-. Sin embargo, la evolución de este mercado es indudable.

De hecho, cuando las empresas compiten no tienen como paradigma el mercado en competencia perfecta (ni con competencia efectiva) a efectos de buscar satisfacer de las necesidades de los consumidores. Muchas veces las empresas tienen que hacer precisamente lo contrario a lo que establece la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio a fin de satisfacer las demandas de los consumidores y, a pesar de ello, no dejan de rivalizar con sus competidores en búsqueda de las oportunidades de ganancia.

En esa línea, muchas de las actividades empresariales que están destinadas a lograr la coordinación entre los planes de productores y ofertantes, en un proceso rival de competencia, son vistas como ineficientes según el modelo de competencia que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio y, en consecuencia, pueden estar sancionadas.

En esa línea, Dilorenzo (1987) sostiene:

(...) Cualquiera sea el valor educacional del modelo de equilibrio, no describe el proceso por el cual ese equilibrio es alcanzado. Estos procesos son, de hecho, la actividad característica y desempeño de la real competencia: diferenciación de producto, competencia por precios, publicidad y otras técnicas de venta, variación en el tamaño y rentabilidad de las firmas, innovación tecnológica, y esfuerzos agresivos de incrementar la cuota de mercado. Cuando estos elementos del proceso

de competencia se ponen de manifiesto, la lógica del modelo de la competencia perfecta identifica estos elementos como elementos de monopolio.

Bajo esta perspectiva, la competencia real del mercado se interpreta como poder monopolístico. Las verdaderas características de los mercados competitivos, en los que típicamente encontraremos grandes empresas, ventajas geográficas, discriminación de precios, diferenciación de productos, productos conjuntos (de producción o venta conjunta, o *tie-in products*), y la rivalidad interdependiente no son consideradas parte del mundo de la competencia perfecta. Es más, si en una empresa se detecta alguna de estas características se dice que posee alguna forma de poder de monopolio o cuasi monopolio. (...)

El número de negocios en una industria no necesariamente tiene algo que ver con el poder monopolístico. (...)

Desde el enfoque que hemos planteado en este trabajo, en tanto que el mercado real implica un proceso en el cual los agentes deben actuar a fin de coordinar los distintos planes de los agentes, la rivalidad o competencia sí es un factor clave cuya definición dista del modelo de competencia estática que sustenta la Teoría de la eficiencia de Pareto. En efecto, en la medida que una demanda específica de un consumidor solo puede ser atendida una sola vez por una empresa, la oportunidad de ganancia relacionada con esta coordinación solo pueden ser aprovechada por una empresa. Ello implica que las empresas deben pugnar con sus pares constantemente por atender a los consumidores de la mejor manera, en un proceso dinámico y de incertidumbre inerradicable, a fin de descubrir las oportunidades de ganancia, lo cual se traduce en el hecho de que las empresas se encuentran en un proceso constante de ensayo y error respecto de cómo emplear mejor sus factores productivos y cómo leer mejor las necesidades de los consumidores en comparación con sus competidores. Las empresas que mejor hagan estas dos actividades, serán las que mejor éxito tengan y probablemente la que logren más poder de mercado. Lo más importante es que este proceso de rivalidad nunca termina.

Como se puede apreciar, esta definición de competencia es diametralmente distinta a la definición de competencia del modelo de competencia perfecta. Es una definición de competencia en un sentido dinámico, mientras que la competencia que sustenta la regulación de las conductas de abuso

de posición de dominio está relacionada con una situación estática donde existen infinitos ofertantes.

A partir de que el problema económico que trata de resolver la agencia de competencia está relacionado con la asignación de los recursos perfectamente conocidos y bajo un sistema donde los agentes son meros tomadores de precios, el concepto de competencia en un sentido dinámico deja de ser relevante. Sin embargo, cuando el problema económico vira hacia la pregunta ¿cómo puede funcionar eficientemente el mercado aun cuando los agentes que toman decisiones se encuentran radicalmente ignorantes de toda la información dispersa entre los diferentes individuos? (Ikeda, 1994), la competencia se vuelve un concepto clave.

De esta manera, planteamos que, contrariamente a lo que establece la regulación de las conductas de abuso, la competencia está más relacionada con un proceso inacabado de aprendizaje, en el cual no existe forma a priori de saber cuál son las condiciones de mercado más eficientes, que con un número infinito de competidores. Por ello, no se puede saber a priori, por ejemplo, el óptimo tamaño de una empresa ni el número óptimo de empresas rivales en un mercado (Armentano, 2001).

Siguiendo esta línea, Armentano (2001) precisa:

La asignación de recursos bajo el modelo de competencia atomística puede ser eficiente si existiera información perfecta o si los gustos y preferencias nunca cambiaran, pero es difícil entender la relevancia de esa teoría en un mundo real de diferenciación de productos, incertidumbre económica y cambio dinámico. El problema económico a ser resuelto por la competencia es enfáticamente no uno de cómo los recursos serían asignados si la información fuera perfecta y las preferencias de los consumidores constantes, con todo conocido y constante, la solución de un problema de asignación de recursos, sería trivial. En su lugar, el problema económico recae en el entendimiento de la competencia como proceso de mercado de descubrimiento y ajuste funciona para coordinar la demanda anticipada con la oferta en un mundo de información perfecta. Asumir expectativas divergentes y cambio, por lo tanto, es asumir todos los problemas reales asociados con la competencia y el proceso de asignación de recursos. Así aunque el criterio

estándar de eficiencia pueda ser técnicamente correcto para un mundo estático, son irrelevantes para las situaciones actuales de mercado.

En suma, la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no contempla la posibilidad de competir, sino únicamente representa un estado final de cosas donde todo está plenamente coordinado. El mercado real dista mucho de esta situación pues la definición de competencia, correctamente entendida, está más relacionada con un proceso de rivalidad a fin de lograr una mejor coordinación entre los agentes.

I. Conclusión

Como hemos tratado a lo largo de este capítulo, la teoría que fundamenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no explica de manera adecuada cómo funciona el mercado real. En consecuencia, las prescripciones normativas que se pueden emitir a partir de dicha teoría pueden generar consecuencias inintencionadas, restando validez científica a la regulación de las conductas de abuso de dominio.

En esa línea, urge reformular la teoría económica detrás de este sistema a fin de verificar si, a partir de este nuevo enfoque, la regulación de las conductas de abuso de dominio aún es sostenible o, por el contrario, es necesario plantear una alternativa.

En el siguiente punto, plantearemos un nuevo enfoque de mercado y, en particular de aquellas conductas empresariales denominadas como abuso de posición de dominio, formulado a partir de adecuados principios metodológicos y epistemológicos.

CAPÍTULO 4: UN ENFOQUE METODOLÓGICO Y EPISTEMOLÓGICO DISTINTO DE AQUELLAS CONDUCTAS EMPRESARIALES CONSIDERADAS COMO ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

En los capítulos anteriores hemos presentado una serie de críticas desde el punto de vista metodológico y epistemológico a la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

En este capítulo, en primer lugar, presentaremos un enfoque metodológico alternativo al método empírico, aplicable al estudio de las referidas conductas empresariales, dada las características particulares de este objeto de estudio. En segundo lugar, a partir del enfoque, desarrollaremos una teoría alternativa respecto de aquellas conductas.

El objetivo es presentar una teoría que explique correctamente estas conductas a efectos de evaluar si la política de regulación es adecuada.

4.1 Un nuevo enfoque metodológico

Tradicionalmente, se considera que la economía estudia “la asignación eficiente de recursos en el mercado”. Sin embargo, no se toma en consideración el protagonista de los fenómenos económicos. Ello es un error pues la ciencia económica, como cualquier otra ciencia, debe estudiar las causas últimas de los fenómenos que se ocupan. En ese sentido, en nuestra opinión, la economía debe tener por **objeto último de estudio la acción humana pues este es el elemento base de cualquier fenómeno de mercado.**

Ahora bien, podemos dividir el estudio de la economía de la acción humana en dos grandes ramas metodológicas: la praxeología y la historia (Huerta de Soto, 1990). Ambas ramas, nos permitirán tener una mejor comprensión de las conductas empresariales.

A. La Praxeología

A diferencia del enfoque tradicional de la economía, el cual, según hemos demostrado, se basa en la búsqueda de relaciones constantes y predicciones plagadas de juicios de valor; sostenemos que **en economía sí se pueden establecer principios generales de manera objetiva sin emplear de juicios de valor** (Boettke, 1995) y con ello brindarnos un conocimiento más certero respecto de los fenómenos de mercado. Ello es una gran ventaja respecto de la aplicación del método empírico cuya aplicación, como hemos evidenciado, no es válida en el campo de la acción humana.

Estos principios generales son las teorías desarrolladas por el campo de la praxeología y, a partir de los cuales, podemos reconstruir toda la ciencia económica.

Nótese desde un inicio, que este planteamiento es diametralmente distinto al estudio de la economía tradicional la cual se enfocaba en estudiar mediante el método empírico una

supuesta relación determinista entre la estructura de mercado y el performance del mismo, como es el caso de los modelos irreales de competencia perfecta y de monopolio.

Nuestro planteamiento es que el método de estudio de la praxeología – o estudio de la acción humana, como una sub rama de la economía- es el lógico-deductivo y parte del estudio de una categoría *a priori*: la acción humana. Es decir, **la praxeología parte del axioma de la acción o de la proposición de que el hombre actúa.**

Antes de seguir con el planteamiento, es necesario definir qué es una categoría *a priori*. Una categoría *a priori* es aquella aseveración cuya negación es impensable pues a la mente humana se le aparece como un absurdo. Por ejemplo, es impensable que la parte sea mayor que el todo, o que A pueda ser al mismo tiempo no-A. Así, el conocimiento *a priori* denota proposiciones que deben ser absoluta e incondicionalmente verdaderas y jamás pueden ser refutadas por cualquier cosa que haya ocurrido o vaya a ocurrir en cualquier parte o en cualquier tiempo (...) (Cachanosky, 1985). Siendo así, el conocimiento *a priori* es un conocimiento previo a la experiencia por lo que no puede ser contrastado a través del método empírico. La forma de llegar a este conocimiento es mediante el método el proceso lógico. Como se prescinde de la experiencia (y, en consecuencia, del método empírico) para arribar a dicha categoría, no se involucran juicios de valor y, por ende, es factible emitir teorías objetivas a partir de deducciones respecto de dicha categoría, a diferencia de las afirmaciones derivadas de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

Entonces, en tanto que es un conocimiento *a priori*, el axioma de que el hombre actúa es proposición que no puede refutarse ya que tal negación es en sí misma una acción humana. De esa manera, al pretender negar el axioma se estaría contradiciendo. Por ello es un axioma, pues la veracidad de la afirmación no puede evitarse al ser parte de la estructura lógica humana.

Ahora bien, probablemente, el planteamiento de que la economía parte del axioma *a priori* de que el hombre actúa parezca un poco ocioso para el lector. No obstante, debemos tener en cuenta dos detalles. En primer lugar, es porque efectivamente, ello es un conocimiento autoevidente para la mente humana dada su naturaleza de conocimiento *a priori*. En segundo lugar, vamos a demostrar que a partir de este axioma, es posible construir los demás teoremas de la economía, con una visión más realista y exacta que aquella provista por los modelos de competencia y de monopolio, que sustenta la regulación de las conductas de abuso de

posición de dominio. En efecto, a partir de los desarrollos de la praxeología podremos construir una ciencia económica más adecuada, con leyes verdaderamente científicas que nos permitan una mejor comprensión del mercado y de las conductas empresariales.

Hemos señalado que los teoremas de la economía se construyen a partir de la categoría *a priori* que el hombre actúa. No obstante, la praxeología no se agota en dicho axioma sino que es necesario obtener otros axiomas secundarios que nos permitan obtener una mejor comprensión del mercado. A efectos de obtener estos otros axiomas se debe aplicar el método lógico-deductivo. La aplicación de este método implica que los teoremas se obtienen mediante razonamientos lógicos y no mediante la contrastación empírica.

En aplicación del método lógico-deductivo, la validación de las teorías es perfectamente posible de efectuar mediante la continua depuración de vicios en la cadena de razonamientos lógico-deductivos, el análisis y la revisión de los diferentes eslabones del proceso de desarrollo lógico-deductivo de las diferentes teorías y la utilización del máximo cuidado cuando, llegado el momento de aplicar los teoremas a la realidad, haya que evaluar si los supuestos de las mismas se dan o no en el caso histórico concreto analizado (Huerta de Soto, 2000). **Es decir, a partir de la categoría de la acción humana podemos deducir axiomas secundarios a priori y, si no hay errores en la cadena de razonamiento, dichos teoremas o proposiciones serán necesariamente verdaderos y no estarán sujetos a comprobación y refutación empírica, y permitirán una mejor comprensión de los fenómenos de mercado.**

Así, desde esta perspectiva, la teoría económica en general es un conjunto de teoremas que parten de premisas necesariamente ciertas y, por lo tanto, si no hay error en los silogismos, estos teoremas serán verdaderos.

Cabe señalar que si bien los teoremas económicos, desde este enfoque, son verdaderos o exactos no implica que de ellos se derive determinada capacidad de predicción, ya que estos teoremas nos explican las consecuencias lógicas de distintos tipos de acciones pero no nos dicen nada (ni lo pueden hacer) acerca de cuáles serán concretamente las acciones que llevarán a cabo los individuos, ni de cómo repercutirán esas consecuencias en el comportamiento de los demás individuos. Tampoco estos teoremas nos dicen nada acerca de *las magnitudes* de las consecuencias. De hecho, la utilidad de los teoremas económicos es muy limitada para fines predictivos, pero en cambio, es de gran importancia para saber a qué

medios se debe recurrir para lograr una eficiente asignación de recursos no dados (Cachanosky, 1985). Desde este punto podemos encontrar una primera diferencia epistemológica con los fundamentos teóricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. Mientras que para el enfoque tradicional, una teoría es útil si es que puede predecir, -finalidad que por demás hemos demostrado que es de imposible consecución-; para la praxeología, los teoremas sólo nos permiten una mejor comprensión de la acción humana y a partir de ahí podemos desarrollar teoremas económicos más amplios que nos permitan una mejor comprensión de los fenómenos de mercado. Como consecuencia de esta diferencia, se producirán diferencias insalvables en el diseño de una política económica.

Además, el hecho de que los teoremas praxeológicos, y por lo tanto económicos, pueden deducirse de la categoría de acción humana representa una ventaja metodológica: Si los teoremas económicos no pudieran reducirse a últimos fundamentos, i.e., a proposiciones *a priori*, entonces la teoría económica sería imposible, ya que la falta de regularidad y de control de las variables hace imposible su contrastación empírica, por lo que se requiere de otro método válido para obtener teorías en el campo económico. Es decir, dada la falta de regularidad de los fenómenos sociales, la única manera de construir ciencia económica es empleando proposiciones *a priori* puesto que éstos sí constituyen principios generales. Ello, puesto que el método empírico, a diferencia del método lógico-deductivo, no nos permite obtener teorías o principios generales, claro está, a menos que estos se construyan sobre supuestos irreales, con lo cual la teoría económica se vuelve inútil.

En este punto, vale la pena resaltar que aun cuando las resoluciones de la agencia de competencia en relación a un caso de abuso de posición de dominio se presenten con variada información estadística y matemática, ello no prueba que lo aseverado por la autoridad tenga el grado de certeza. Para que ello sea así, las premisas de las que parta deberían ser necesariamente ciertas, i.e., *a priori*. (...) (Cachanosky, 1985). No obstante, la información empírica de la que se nutre y los modelos de competencia perfecta y de monopolio no son premisas ciertas sino que son inexactas, irreales y colmadas de juicios de valor, lo cual menoscaba el carácter científico del estudio de las conductas empresariales.

Más adelante estudiaremos en más detalle la categoría de la acción humana y deduciremos los otros axiomas secundarios a partir de dicha categoría a efectos de plantear un nuevo enfoque metodológico y epistemológico de la economía.

B. La Historia

La historia es una rama de la economía que también por objeto el estudio la acción humana. Empero, desde otro enfoque. Esta no tiene como objeto de estudio la acción humana como una categoría *a priori* sino de cómo la acción humana se ha manifestado en el pasado. Para tal efecto, debemos recordar que los fenómenos económicos concretos (V.g. un incremento en los precios en determinado momento) constituyen fenómenos complejos, los cuales corresponden a circunstancias únicas e irrepetibles de tiempo y lugar. En ese sentido, cada fenómeno constituye siempre data histórica del pasado pues cada evento es irrepetible desde un punto de vista científico.

A partir de ahí, la historia consiste en lo siguiente:

La historia no es sino la colección y estudio sistemático de los hechos de la experiencia que se refieren a la acción humana. La historia trata sobre el contenido concreto de la acción humana en el pasado. Estudia las más variadas empresas humanas, en su infinita multiplicidad y variedad, teniendo en cuenta todas sus implicaciones accidentales, especiales o particulares; estudia, igualmente, las ideas que guiaron a los hombres cuando éstos emprendieron determinadas acciones en el pasado, así como el resultado de las acciones que llevaron a cabo (Huerta de Soto, 1990, p. 10).

En cuanto al método, debemos señalar que la historia puede construirse si se interpretan los hechos del pasado utilizando como instrumento las herramientas lógico-deductivas que nos proporciona la teoría general de la acción humana o praxeología. Sin embargo, no basta con ello para construir la historia e interpretar los hechos del pasado. Es necesario, además, utilizar una herramienta adicional como conexión entre la praxeología y los hechos directamente observables del mundo exterior. Esta herramienta se conoce como el método de "comprensión". La comprensión se basa en el conocimiento experimental y, por tanto, histórico, sobre el contenido de los juicios de valor de las personas, las acciones que son

determinadas por dichos juicios de valor, así como las respuestas a estas acciones en determinados tipos de personas (Huerta de Soto, 1990).

Dado que los fenómenos sociales son complejos, el método de comprensión implica la aplicación de *juicios de relevancia*. En otras palabras, dado que las condiciones de mercado son todas variadas (pues cada acción humana corresponde a circunstancias particulares de tiempo y lugar) es importante elegir cuáles son las variables relevantes y justificar analíticamente por qué se cree que las condiciones se mantendrán o se. Es importante resaltar que este tipo de justificaciones son siempre subjetivas (Cachanosky, 2000).

Así, la herramienta que nos permite conectar las teorías praxeológicas con los hechos observables es la comprensión respecto de la acción humana. Ello en tanto nos permite entender la acción humana en su circunstancia histórica de tiempo y lugar, así como porqué determinada acción en concreto es más relevante que otras para explicar el fenómeno económico.

Teniendo como base el método comprensivo, afirmamos que la experimentación sobre los fenómenos económicos sí es posible. La historia es precisamente el campo que estudia la experimentación con los fenómenos económicos del pasado empleando como herramienta la comprensión. No obstante, reafirmamos que no es factible obtener leyes o principios generales a partir de dicha forma de experimentación (por lo que no es adecuada para la comprobación del paradigma ECD) sino que únicamente nos permite comprender los fenómenos del pasado reconociendo que dichos “datos” son irrepetibles. En este punto, planteamos una diferencia con la aplicación del método empírico criticado, mientras que este se construye sobre presupuestos irreales, el método histórico se construye sobre la base de la praxeología que son premisas *a priori* o necesariamente ciertas. Asimismo, reconocemos que es necesario involucrar juicios de valor para comprender los fenómenos históricos económicos y, a diferencia del método empírico criticado, planteamos que ello nos puede permitir una mejor comprensión de los fenómenos de mercado, empero, no sirve para predecir o hallar regularidades a partir del método empírico.

En esa línea, se sostiene:

La experiencia sobre los hechos de las ciencias sociales es siempre experiencia histórica que no puede ni probar ni demostrar la falsedad de ninguna hipótesis o afirmación general, tal y como ocurre en los experimentos de laboratorio que se efectúan en relación con las ciencias naturales. No cabe verificar ni falsear experimentalmente ninguna proposición teórica en el campo de la ciencia económica. Los fenómenos complejos de la vida social, por estar producidos por una multiplicidad de factores inaprensibles para la mente humana, no pueden verificar teoría económica alguna. Tales fenómenos, por el contrario, sólo pueden ser inteligibles y comprendidos si se posee la teoría lógica previa que nos proporciona la ciencia económica, y que se obtiene por otros procedimientos metodológicos (Huerta de Soto, 1990, p. 9)

Así, el conocimiento que brinda la historia es siempre sobre el pasado. Por ello, la estadística tradicional, desde nuestro planteamiento, es siempre conocimiento histórico y de manera alguna puede brindarnos alguna teoría para la predicción. Ciertamente, no existen “leyes estadísticas” que se puedan extrapolar de unos a otros supuestos en concreto. Por tal razón, el empleo de la estadística como sustento de una acusación de abuso de posición de dominio (sea para determinar la posición de la empresa en el mercado o el grado de afectación a la competencia), consideramos que resulta inadecuado (Huerta de Soto, 1990).

Es importante reiterar que para el estudio de la economía en general necesitamos –y son imprescindibles- tanto datos históricos como teoría praxeológica. Empero, la teoría tiene una importancia mayor. En efecto, podemos “coleccionar” muchos datos, pero sin la teoría adecuada no vamos a ningún lado: no hacemos ciencia. Incluso, la misma correlación de datos económicos no es ciencia en sí misma, pues aún falta el enlace causal, que se capta intelectualmente. De modo particular en ciencias económicas, además, necesitamos teorías adaptadas al objeto de estudio y el método empírico de la económica tradicional, como la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, carece de las mismas (Crespo, 2004). En razón de ello, nuestra teoría base es el axioma de la acción humana, la cual nos permitirá tener una mejor comprensión de los fenómenos económicos en concreto (historia).

Habiendo identificado y estudiado ambos campos de la economía con sus correspondientes métodos de investigación (distintos al método empírico tradicional) procederemos a

desarrollar una teoría sobre el mercado y las conductas empresariales que se dan en él a partir de la categoría *a priori* de la acción humana.

C. Reconstruyendo la Economía

De acuerdo con el enfoque metodológico y epistemológico que planteamos en este trabajo, la economía política está compuesta por a) un sub-núcleo central, no falseable en sí mismo, es decir, *a priori*, conformado por la praxeología (la categoría de la acción humana); y, b) un conjunto de sub-hipótesis auxiliares (Zanotti, 2009) que provienen del campo histórico:

- a) Antropológicas, donde explica se la capacidad de estar alerta a oportunidades de ganancia y el principio de maximización.
- b) Sociológicas, como la cooperación social y la ley de división del trabajo.
- c) Institucionales, como la propiedad privada, libre contrato y libertad de entrada al mercado.

Aplicando las ideas antes señaladas, a continuación, vamos a tratar el estudio del mercado a partir del sub-núcleo central, hasta llegar al nivel del estudio del mercado en estricto sentido.

- *Primer nivel: La praxeología o acción humana:*

Como hemos indicado, la economía parte de la categoría *a priori* de la acción humana. La acción humana es todo comportamiento o conducta deliberada del hombre encaminada a la consecución de un fin. De acuerdo con Mises, es una conducta consciente, movilizadora por la voluntad transformada en actuación, que pretende alcanzar precisos fines y objetivos; es una reacción consciente del ego ante los estímulos y las circunstancias del ambiente; es una reflexiva acomodación a aquella disposición del universo que está influyendo en la vida del sujeto. La acción humana es siempre racional. Empero, no racional como los modelos de equilibrio que sustentan la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, sino en el sentido de que es deliberada. Bajo esta premisa, lógicamente sólo puede ser considerada como irracional aquellas conductas que son de tipo involuntario.

El fin que persigue la acción humana está determinado por una valoración subjetiva hecha por el actor. Según hemos indicado antes, no compete a la praxeología ocuparse de los tipos

de fines que persigue el autor. Ello puede ser una cuestión psicológica o histórica. Simplemente, aseveramos que la acción humana siempre persigue determinado fin.

Siguiendo el método lógico-deductivo, es decir, mediante introspección, y a fin de hallar los demás teoremas de la praxeología, deducimos que el actor humano para lograr su fin utiliza diferentes medios o renuncia a ellos, es decir todo aquello que subjetivamente considere adecuado para cumplir sus objetivos. El hombre valora estos medios en función de su utilidad, mayor o menor, a efectos de cumplir sus objetivos. **Este proceso se llama cálculo económico.** Es importante señalar que en la praxeología, el hombre elige y/o descubre los fines y medios de manera subjetiva pues estos jamás están dados. A lo que renuncia el hombre para conseguir sus fines, es el coste. Este coste es de tipo subjetivo y tiene un valor menor al fin perseguido por el hombre porque, de otra manera, no hubiera renunciado a él.

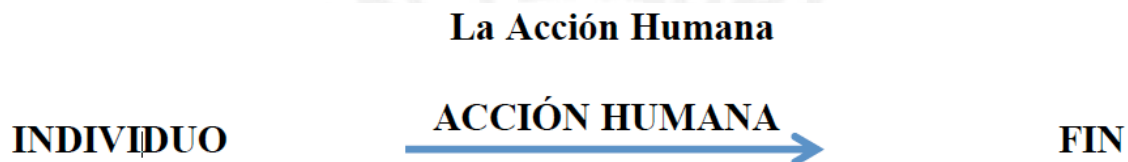
La acción humana busca modificar el presente para conseguir sus objetivos en el futuro. De ello, se deduce que en la acción humana está implícita la idea de un tiempo. Este tiempo es de tipo praxeológico (Mises, 2007b), a decir, es subjetivo (no tiempo “newtoniano”). Es el tiempo real que cada agente se toma para acometer sus fines (O’Driscoll y Rizzo, 2009). Este tiempo no es objetivo como lo plantea la agencia de competencia para evaluar si una exclusividad está justificada o si una tasa de retorno es razonable lo cual, según hemos planteado, es incorrecto.

Siendo que existe el tiempo en la acción humana, entonces existe un futuro, el cual por definición, presenta una incertidumbre inerradicable y, por lo tanto, la acción es siempre falible (no se puede conocer a ciencia cierta los resultados). Como veremos más adelante, la adecuada comprensión de las leyes económicas y la aparición de las instituciones sociales, ayudan a mitigar la incertidumbre en el mercado más nunca erradicarla (Martinez, 2012) (a diferencia de la regulación de las conductas de abuso de posición cuya teoría considera que conocer los efectos de una conducta es científicamente posible) o lo que es, a facilitar el cálculo económico, que no es sino el cálculo de tipo subjetivo que hace el actor respecto del posible éxito o fracaso de su acción.

De acuerdo con lo anterior, son tres prerequisites de la acción humana:

- Darse cuenta de un estado de insatisfacción
- Descubrir que determinados medios, según su valoración subjetiva, tienen ciertas cualidades para alcanzar un fin, según su valoración subjetiva.
- Un plan de acción, es decir, el actor debe imaginarse una posible teoría respecto de que su actuación es capaz de suprimir ese estado de insatisfacción inicial.

Así, el axioma de que el hombre actúa, se puede sistematizar de acuerdo con el siguiente esquema:



Nótese que a partir del axioma de la acción humana hemos deducido otros teoremas o axiomas secundarios tales como medios, fines, valoración, tiempo, incertidumbre inerradicable, etc., sin que para ello hayamos tenido que recurrir al método empírico (método histórico).

- *Segundo nivel: La relación de intercambio aislada:*

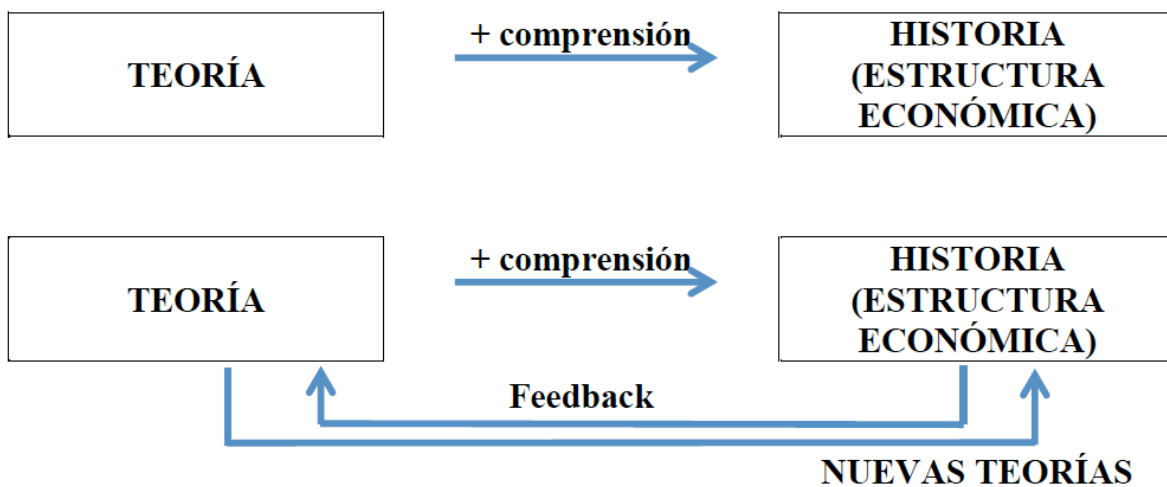
Para proceder con el siguiente nivel de análisis social, debemos estudiar cómo es que existe una relación entre los métodos de la teoría y la historia antes analizados (Huerta de Soto, 2012).

Como indicamos anteriormente, la teoría praxeológica sirve para interpretar la historia. Además, existe un *feedback* entre la historia y la teoría pues añadiendo ciertos postulados que provienen de la experiencia (“hipótesis auxiliares”), se pueden deducir nuevas teorías. Por ejemplo, sobre la base del método lógico-deductivo, a partir de la acción humana individual se puede deducir el cálculo económico. Agregando a esta teoría una hipótesis auxiliar de la existencia de varias personas o la división del conocimiento, podemos deducir una teoría del intercambio (según veremos en este punto). De igual manera, añadiendo una institución económica (según veremos en el siguiente punto) como el dinero, se puede deducir una teoría

de los precios, y, finalmente, introduciendo otra hipótesis consistente en la manipulación del dinero, se puede deducir una teoría de los ciclos económicos. Es decir, podemos obtener leyes o teorías económicas mediante razonamientos lógico-deductivos a partir de un axioma de la acción humana y tienen validez universal siempre y cuando se den los supuestos auxiliares de las mismas. Es importante agregar que el hecho de que una ley o teoría no se cumpla en la realidad, si es que formalmente es correcta, no significa que la realidad la haya falseado, sino significa que no se han dado sus supuestos de partida.

Así, podemos plantear la relación entre la teoría y la historia según el siguiente esquema:

Relación entre Teoría e Historia

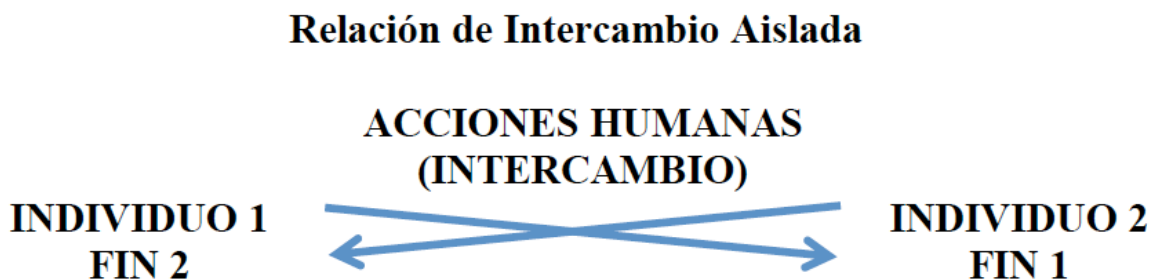


En aplicación de dicho método, si a la categoría a priori de la acción humana le agregamos un componente de tipo empírico como es la existencia de otras personas o la división del conocimiento, entonces lo que tenemos es una relación de intercambio o acción humana interpersonal.

En efecto, existen dos tipos de acción humana: La intrapersonal y la interpersonal. Cuando la acción se practica sin contar con la cooperación de terceros se trata de la intrapersonal (Mises, 2007b). Un ejemplo es cuando un cazador en una isla desolada caza un animal para su propio consumo. En la sociedad, no obstante, la cooperación sustituye el cambio intrapersonal por el cambio interpersonal o social. En este punto estamos introduciendo ciertas hipótesis auxiliares que no provienen del método apriorístico como es la existencia de

otras personas o la sociedad. Efectivamente, el actor puede acometer su plan de acción de manera aislada o puede hacerlo mediante la coordinación de un plan de otro individuo.

En esta línea, si en el primer Nivel teníamos un esquema de una acción intrapersonal, en este nivel tenemos:



Para que se produzca una relación de intercambio, el actor humano necesita además de todo el aparato praxeológico una serie de elementos que provienen de la experiencia. Al respecto, Menger (1985) señala:

(...) para que el mutuo intercambio de bienes alcance el éxito apetecido, deben darse... tres condiciones:

- a) Un sujeto económico debe poseer unas determinadas cantidades de bienes que para él tienen menos valor que otras cantidades de bienes de que dispone otro sujeto económico, mientras que este segundo mantiene, respecto de su valoración de bienes que posee, una relación opuesta a la del primero;
- b) Ambos sujetos económicos deben tener conocimiento de su respectiva situación; y,
- c) Ambos deben tener capacidad suficiente para convertir en realidad el intercambio de bienes.

Por ejemplo, si el Individuo 1 quiere acometer un Fin 1 (categoría a priori) que está en manos del Individuo 2, y éste desea acometer un Fin 2 que está en manos del Individuo 1, estos actores deben tener un plan de acción (categoría a priori) que sea coincidente a efectos de que se produzca el intercambio. Por ejemplo, el Individuo 1 tiene que estar seguro de que

el Individuo 2 es propietario del Fin 1 para que pueda intercambiárselo y sucede lo mismo con el Individuo 2. Bajo esta premisa, tiene que existir la idea de que existe un derecho de propiedad. Incluso, yendo un paso más atrás, el Individuo 1 tiene que llegar a conocer la existencia de un Fin 1, en manos del Individuo 2, y que está además dispuesto a intercambiar. **Se plantea, entonces, un problema de información o coordinación entre planes individuales que el agente o los agentes deben resolver.** Hasta este punto, estamos asumiendo que se trata de un intercambio aislado en el que, observamos, se requieren elementos de la experiencia.

En este punto, a partir de un intercambio aislado, vamos deduciendo otros conceptos como la necesidad de que los individuos tengan la mejor información posible con respecto al otro individuo a efectos de realizar un intercambio que de por sí solo no puede realizar. Esto es, entramos al estudio del problema de coordinación de los distintos planes individuales.

Asimismo, en este modelo de relación de intercambio se pueden ir apreciando determinados factores que van a dar lugar a la aparición de instituciones, como los derechos de propiedad, y que vamos a tratar a continuación.

Nótese que esta abstracción es precisa para la relación empresa-empresa y empresa-consumidor. Ciertamente, imaginemos una empresa que distribuye metal y una empresa que fabrica a partir de dicho insumo sillas. En este caso, ¿cuándo se producirá el intercambio? Cuando la empresa que produce sillas encuentre a la empresa que distribuya metal; y la primera piense que el valor que le producirá en el mercado la venta de sillas superará a los costos pagados por el metal, y la segunda valore más el precio al que ha vendido el metal que los costos en los que ha incurrido. Es decir, los costos del metal dependerán en última instancia de la valoración de los consumidores de las sillas (precio). Cuando las previsiones de ambas empresas hayan sido las correctas, se habrá producido una coordinación.

- *Tercer nivel: El Mercado y las instituciones*

El mercado es una cuestión más compleja que una acción intrapersonal o una acción interpersonal. En esa línea, un mercado no es solo la suma de relaciones de intercambio, sino que además tiene un componente adicional para que la infinidad de relaciones de intercambio

se produzcan sostenidamente. Esto es, para que el mercado funcione. Vamos a denominar “orden” a este funcionamiento del mercado.

Apuntar el concepto de orden es clave porque, de acuerdo con el enfoque realista de mercado que queremos plantear en este trabajo, un mercado que funcione o en el que exista orden constituye nuestro paradigma al que la política de libre competencia debe apuntar en lugar del modelo de mercado en competencia perfecta.

Hayek (1945), al respecto, sostiene que existe orden en una sociedad cuando las “actividades de los hombres están mutuamente ajustadas entre sí. Es decir, los hombres en una sociedad pueden perseguir exitosamente sus metas porque saben qué esperar de sus pares. Sus relaciones, en otras palabras, muestran un cierto orden”.

En otras palabras, entendemos por orden a “una situación en la que una multiplicidad de elementos de diverso género se hallan en tal relación, unos con otros, que del conocimiento de alguna parte temporal o espacial del conjunto, podemos aprender a formarnos expectativas sobre otras partes del mismo conjunto, o, por lo menos, expectativas con buena posibilidad de a resultar acertadas” (Hayek, 2006).

Es decir, para que exista orden debe existir algún grado de coordinación entre la información de los distintos individuos. Esta información referida a los distintos planes individuales de los agentes en el mercado (consumidores y ofertantes). En esa línea, Huerta de Soto (2000) precisa que otra característica importante del concepto de mercado es que es, además de un conjunto de relaciones de intercambio, un orden fruto de un proceso evolutivo en el que interactúan innumerables seres humanos, cada uno provisto de su pequeño acervo exclusivo y privativo de conocimientos subjetivos, experiencias prácticas, anhelos, sensaciones, etc.

Así, para hablar de un mercado es neurálgico el concepto de orden pues en principio información sobre los distintos planes no se encuentra nunca concentrada ni integrado, sino que únicamente como elementos dispersos de conocimiento incompleto y frecuentemente contradictorio en poder de diferentes individuos” (Hayek, 2006). Por ello, hace falta que esta información sobre los distintos planes individuales se coordine pues de otra manera, los agentes no podrían entrar en millones de relaciones de intercambio.

Si es que el conocimiento se encuentra disperso o está incompleto e imperfecto para cada agente económico, ¿cómo es posible que se produzca entonces un intercambio o, peor aún, como es posible que se produzcan millones de intercambios a lo largo del tiempo como ocurre en un mercado de manera que este funcione ordenadamente? Esto es, ¿cómo es posible que dicha información se coordine?

Efectivamente, en el nivel sobre las relaciones de intercambio, dijimos que uno de los prerrequisitos era que ambos agentes supieran de la situación de cada uno sobre la posibilidad de intercambio. **Es decir, es necesario que el Agente 1 sepa, al menos de manera referencial, que el Agente 2 valora más el Bien 1 que el Bien 2 y viceversa, de manera que exista una preferencia por intercambio o, en otras palabras, ¿cómo el Agente 1 sabe de la situación del Agente 2 y viceversa?**

Además del conocimiento sobre la preferencia por el intercambio es necesario que confluyan otros factores. Por ejemplo, para que un Agente 1 pueda intercambiar un Bien 1 por un Bien 2 que otro Agente 2 también está dispuesto a intercambiar, tiene que existir una idea de propiedad. Es decir, ambos agentes deben saber que el agente con el que intercambian tiene alguna titularidad sobre el bien de manera que se produzca un intercambio legítimo o para que éste pueda exigirse. Entonces, se presenta un problema de información respecto de la titularidad de los bienes.

Asimismo, ¿cómo sabe el Agente 1 que el Agente 2 va a cumplir con sus promesas de entrega de un bien?, ¿Cómo sabe el Agente 2 que los bienes del Agente 1 no lo van a defraudar sus expectativas?, etc. En este punto nos referimos al problema relacionado con el cumplimiento de los contratos.

Como se puede observar, se presenta una serie de problemas de información respecto de las distintas cualidades o atributos de los bienes o servicios y de los agentes que existen en la sociedad; problemas que denominamos, problemas de información o coordinación. Estos problemas pueden ser de tipo temporal, espacial, cuantitativo, cualitativo etc.

Nótese cómo este enfoque es totalmente opuesto a los fundamentos teóricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, en este modelo, el precio de equilibrio denostaba un mercado totalmente coordinado y el problema era únicamente cómo

lograr dicha asignación eficiente de recursos con toda la información conocida. Así, al incorporar elementos reales al modelo, como el conocimiento imperfecto, el enfoque cambia totalmente.

Entonces, la pregunta económica es ¿Cómo resolvemos estos problemas de coordinación? Para resolver los problemas de coordinación, en la sociedad se han desarrollado dos tipos de órdenes: los órdenes espontáneos propiamente dichos o instituciones y las organizaciones cuyos atributos principales obedecen al tipo de información que deben coordinar.

i. Órdenes espontáneos o instituciones

Un orden espontáneo es una disposición entre agentes cuya coordinación interindividual no ha surgido de manera deliberada sino de forma espontánea. Es un orden con un grado de complejidad bastante elevado que ninguna mente humana puede dominar. Su existencia no necesita manifestarse a nuestros sentidos, sino que puede basarse simplemente en relaciones abstractas que nosotros sólo podemos reconstruir mentalmente. Al no haber sido contruidos deliberadamente, no se puede decir que tengan un objetivo particular (Hayek, 2006). Es decir, siendo que es el resultado de un conjunto de fuerzas espontáneas que contribuyen a la formación de tal orden, no puede tener un objetivo determinado, aunque su existencia es muy útil a los individuos que se mueven dentro de este orden pues permiten la coordinación de sus distintos planes. Para que haya surgido un orden espontáneo es necesario que los agentes se sometan a ciertas reglas de conducta. El sometimiento a estas reglas es voluntario y, hasta cierto punto, inconsciente.

Un ejemplo de una institución u orden espontaneo es el derecho de propiedad. Veamos. En una relación de intercambio las personas necesitan saber que cada uno es y podrá seguir siendo propietario de los bienes a intercambiar. En ese sentido, considerando las ventajas de esta situación en comparación de una en la que no está garantizada la propiedad, los individuos involuntariamente han creado la institución denominada propiedad privada y han decidido someterse a las reglas de la propiedad privada. Ciertamente, un individuo podría cumplir las reglas de propiedad mientras que el otro no. Sin embargo, los individuos resultan más beneficiados sometiéndose a tales reglas pues les son útiles para sus fines particulares. Adviértase que el derecho de propiedad

ha existido desde el inicio de los tiempos. Nadie lo ha creado deliberadamente sino que el actuar inconsciente de los individuos ha permitido su surgimiento histórico y evolutivo.

Las reglas de conducta que rigen los órdenes espontáneos no son las disposiciones o mandatos de coacción del gobierno sino que son aquellas regularidades que se siguen de manera voluntaria o hasta incluso conveniente. Estas regularidades gobiernan las acciones humanas dentro de los órdenes espontáneos sin que sean explícitamente conocidas por quienes las siguen y, por tanto, determinan un orden social espontáneo. Estas reglas o regularidades son generales pues las personas solo conocen determinados aspectos abstractos. Cabe señalar además que existe un proceso de selección entre estas regularidades de manera que sólo sobreviven aquellas que permiten a los individuos acometer sus planes de la mejor manera y que hacen posible la cooperación social. Por ello es que hablamos que los órdenes espontáneos son de tipo evolutivo. Siguiendo el ejemplo de los derechos de propiedad, las reglas de los derechos de propiedad han ido variando a lo largo del tiempo mediante las conductas de los individuos en la búsqueda de la satisfacción de sus planes sin que alguien las diseñe.

Hemos dicho que estas regularidades son de tipo abstractas. Ello se debe a que las reglas deben servir para un conjunto de fines o planes individuales de tipo heterogéneo y cambiante de todos los individuos que forman parte de este orden espontáneo (cabe recordar cómo hemos indicado antes que las preferencias de los consumidores son heterogéneas e inestables). Así, estas reglas en el orden espontáneo jamás podrán ser de tipo específico o concreto pues si fuera el caso, no podrían ser seguidas por muchos individuos.

Cabe señalar además que los individuos aprenden gradualmente a cumplir estas reglas, a pesar de que nadie las ha creado de manera deliberada ni mucho menos impuesto. Es decir, hay un factor aprendizaje en la formación de estas. Por tal razón, estas reglas se forman de abajo hacia arriba. Es decir, estas reglas tienen como origen los propios individuos y no un organismo jerárquico superior o hegemónico que imponga tales reglas.

ii. Organizaciones

El otro tipo de orden que permite coordinar la sociedad son las organizaciones. Este tipo de órdenes son relativamente simples, de manera que pueden ser comprendidos y dominados por los individuos. Además, son creados de manera deliberada y, en consecuencia, suelen ser concretos de manera que se pueden percibir por la simple observación (Hayek, 2006).

En la medida en que han sido creadas deliberadamente, las organizaciones sí tienen un fin particular y que además está preestablecido por el creador de la organización. A diferencia de las instituciones, el fin al que sirven las organizaciones está constituido por tareas limitadas. Esto es, la información que deben coordinar no es aquella que se encuentra dispersa e inmanejable como en los órdenes espontáneos sino que es información específica y concreta que sí es manejable.

Las organizaciones tienen una estructura jerárquica donde el organizador en última instancia es el que establece el fin particular. Ejemplos de organizaciones son las familias, las empresas, asociaciones, etc.

En tanto que las organizaciones también cumplen el rol de coordinación, también están sometidas a un tipo de reglas las cuales son determinadas por el organizador de manera específica (a diferencia de las que gobiernan los órdenes espontáneos). Así, las reglas en las organizaciones se forman de arriba y se imponen hacia abajo.

Dentro de las organizaciones, los individuos cumplen una función específica asignada de manera jerárquica y las reglas que deben cumplir dependen de la función encomendada y los fines del creador de la organización. Las reglas determinan en detalle cada acción de las personas en sus puestos particulares. Por ejemplo, en una empresa, cada individuo tiene una tarea encomendada, dependiendo de su puesto en la organización, y el fin pre establecido del organizador (Hayek, 2006).

iii. Relación entre órdenes espontáneos o instituciones y las organizaciones: el caso del mercado

¿De qué depende que la información tenga que ser coordinada mediante reglas de tipo general y abstracto (presentes en los órdenes espontáneos) o mediante reglas de tipo específico y concreto (presentes en las organizaciones)? **Depende del tipo de información o conocimientos que requieran ser coordinados.**

A lo largo del presente trabajo hemos venido sosteniendo que en el mercado es un orden espontáneo donde la información se encuentra principalmente dispersa, con lo cual consideramos que este debe ser coordinado mediante las reglas de tipo general y abstracto. Esto es, debe ser tratado como un orden espontáneo. Ello porque el tipo de información que existe en el mercado presenta determinadas características que hacen que otro tipo de reglas no pueda funcionar.

Este conocimiento existente en el mercado es de tipo disperso y depende de las circunstancias específicas de tiempo y lugar de cada individuo. Estas características de la información existente en el mercado se detallan a continuación (Huerta de Soto, 2004):

- es un conocimiento subjetivo de tipo práctico, no científico;
- es un conocimiento privativo;
- se encuentra disperso en la mente de todos los hombres;
- en su mayor parte es un conocimiento tácito y, por tanto, no articulable;
- es un conocimiento que se crea *ex nihilo*, de la nada, precisamente mediante el ejercicio de la acción humana o la función empresarial;
- es un conocimiento transmisible, en su mayor parte de forma no consciente, a través de complejíssimos procesos sociales,

Dadas estas características, la mejor manera de lograr la coordinación es mediante las reglas que existen en los órdenes espontáneos (reglas de tipo abstracto y general), a las que los individuos decidan someterse de manera voluntaria pues sólo así podrán aprovechar de mejor manera el acervo de conocimientos que maneja cada uno. Las reglas que gobiernan los órdenes espontáneos, en la medida que son voluntarias, abstractas y evolutivas, permiten recoger cada acervo de información que manejan los individuos que componen el mercado de la mejor manera. Esto es, solo serán seguidas por aquellos que sientan que así pueden coordinar sus planes.

Si la información fuera de otro tipo, es decir, sencilla, objetiva, expresa, articulable, etc., entonces una organización bien podría coordinar dicha información. Por ejemplo, una empresa. En efecto, en este tipo de organizaciones, aunque adquieran una configuración extensa, su director está capacitado de manejar la información necesaria (centralizar) de modo que pueda asignar determinadas tareas a sus empleados en lugar de contratar todos sus factores mediante el sistema de precios. Sin embargo, no es posible que el mercado se pueda coordinar mediante decisiones centralizadas por las razones expuestas hasta este punto.

Asimismo, es importante señalar que si bien los órdenes espontáneos y las organizaciones coexisten siempre, las reglas que gobiernan uno u otro no pueden ni deben mezclarse a discreción (Hayek, 2006). Es decir, si en la sociedad, el tipo de conocimiento estuviera “dado” de manera centralizada, y, además, no cumpliera con las características anteriormente descritas, entonces, la mejor manera de organizarlos sería mediante una organización y a través de mandatos específicos relacionados con ese tipo de información que es más bien de tipo objetiva y manejable.

En tanto que en el mercado existe información subjetiva, dispersa, no científica, etc., no se la puede organizar mediante reglas deliberadamente diseñadas sino mediante reglas de tipo espontáneo y evolutivo, apoyados en el libre aprendizaje.

En efecto, en el mercado, la información es aquella sobre las preferencias de los consumidores. Si es que el mercado se ordena mediante las reglas de las organizaciones, difícilmente podrán coordinarse los planes de los distintos consumidores pues estas reglas no se ajustarán a la heterogeneidad de las preferencias de los individuos.

Veamos cómo operan los países socialistas. En estos países el mercado está “ordenado” mediante reglas específicas de carácter hegemónico y no voluntarias. Por ejemplo, un control de precios es una regla específica no voluntaria que no recoge las valoraciones con respecto a dicho bien de todos los individuos como sí lo hace un sistema de precios libre. Imaginemos que nuestro país socialista tiene una regla en la cual sólo se puede comprar metal a la industria nacional o que el importado tiene un impuesto significativo. Si es que determinados consumidores prefieren bienes

fabricados con metal importado, entonces dicha regla habrá generado una distorsión al no permitir a este grupo poder coordinar sus planes de consumo de sillas.

Anteriormente, habíamos indicado que la familia, en abstracto, también es una institución de tipo voluntaria. Los diferentes tipos de uniones entre seres humanos dependen de las preferencias entre ellos. Si esta institución u orden espontáneo se regula mediante las reglas específicas u órdenes jerárquicas propias de las organizaciones, lo que sucede es que muchas personas que no comparten el mismo bagaje cultural que aquellos que diseñan las reglas, probablemente, quedarán por fuera de esta regulación, viéndose impedidos de coordinar sus planes. Es el caso de la prohibición de los matrimonios homosexuales por ejemplo. Como se puede apreciar, no se puede coordinar un orden espontáneo con las reglas que rigen las organizaciones pues los planes de los individuos son tan heterogéneos que una regla específica necesariamente excluirá a un grupo, generando distorsiones.

En suma, lograr cierta eficiencia derivada de los intentos de coordinación de una sociedad o del mercado mediante una organización jerárquica, o, en otras palabras, de la planificación central, es bastante limitado y, más aún, imposible. Ello porque si se imponen reglas muy específicas o mandatos en el mercado, es muy probable que dichas reglas no puedan ser cumplidas por la mayoría de los individuos dada la variedad del tipo de información que ellos manejan en la sociedad. Igualmente, si se imponen reglas muy generales en una organización, como una empresa, pueda que esta no funcione de manera eficiente pues no se podrán cumplir los fines del creador de la organización.

Como corolario, las instituciones han surgido precisamente para poder enfrentar el problema de información que existe en el mercado.

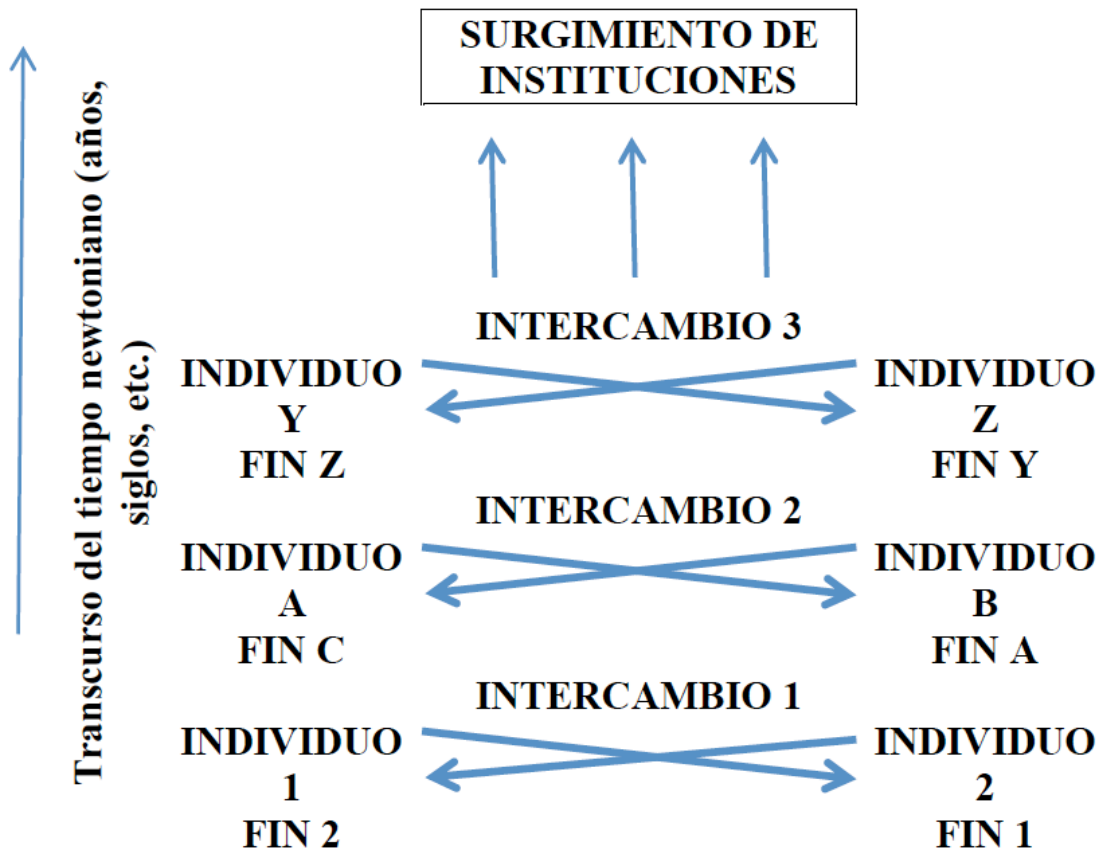
Ahora bien, habiendo planteado las diferencias entre las instituciones y las organizaciones como mecanismos de coordinación, a continuación analizaremos en mayor detalle el mercado y cómo surgen las instituciones.

En el punto anterior planteamos una relación de intercambio aislada. En dicho esquema, había una sola relación con dos tiempos praxeológicos en los cuales los agentes acometían

sus fines. En el mercado no existe una relación de intercambio aislada sino cientos de millones de relaciones de todo tipo y que, además, suceden en el tiempo (ejemplo, años, lustros, décadas, siglos, etc.). Conforme observan que se producen muchas relaciones de intercambio, los individuos abstraen determinada información que consideran relevante y que les será útil para lograr sus fines en sus futuras relaciones de intercambio. **En la medida que transcurre el tiempo y se produce este proceso constante de aprendizaje colectivo, en el que la gente aprende a seguir determinadas reglas de comportamiento (se ajusta voluntariamente a determinadas reglas abstractas y generales), se van desarrollando y evolucionando las instituciones facilitando la coordinación. Esto es, en el mercado, se forman distintos tipos de órdenes espontáneos que permiten la coordinación de los planes.** Así, nuestra descripción sigue el siguiente esquema:



Surgimiento Evolutivo de las Instituciones Sociales



Para ilustrar el esquema presentado, podemos hacer alusión a una institución: el dinero. El dinero es una institución social evolutiva que surgió de manera espontánea para dar solución o coordinar el problema de la doble coincidencia de necesidades. Su surgimiento se debe a que en la medida que crecían las necesidades de las personas, los intercambios resultaban más necesarios. En esa medida, las personas se dieron cuenta que resultaba necesario encontrar pares que estén dispuestos a intercambiar el mismo bien que estaba otros estaban dispuestos a ofrecer (el problema de la doble coincidencia de necesidades). Ante dicho problema, la solución fue dar un bien para que la otra persona lo pueda intercambiar después y satisfacer sus necesidades. En ese orden de ideas, resultaba necesario encontrar un medio de intercambio que cumpla tal función y para ello se fueron ensayando distintos medios (por

ejemplo, sal, alimentos no tan perecibles, etc.). En la medida que la gente repetía este comportamiento a lo largo del tiempo, iba aprendiendo (o abstrayendo información de anteriores relaciones de intercambio) que el medio de intercambio debería cumplir determinadas características a efectos de que pueda solucionar el problema de la doble coincidencia de necesidades de manera más eficiente. Así, históricamente se ha demostrado que las características que debía satisfacer el medio de intercambio eran que sirva como unidad de cuenta, depósito de valor y medio de cambio. A lo largo del tiempo, la sociedad de manera espontánea, y sin la intervención de un órgano hegemónico como el gobierno, se dio cuenta que el oro era el medio de intercambio que mejor se ajustaba a dichas necesidades o, dicho de otra manera, coordinaba el mercado. En la medida que los individuos se dieron cuenta de que estaban mejor siguiendo ciertas reglas de uso del oro (V.g. respeto de la propiedad privada) como medio de intercambio dieron origen a dicha institución. Así surgió el dinero.

Como se puede ver, **la metodología para estudiar las instituciones ya no es el método lógico-deductivo únicamente sino que además es necesario incorporar componentes de la experiencia y, en ese sentido, es necesaria la aplicación del método histórico. Esto último, debido a las características del objeto de estudio (las acciones humanas sobre el pasado).** En efecto, en este caso, dado que se estudian eventos particulares en el tiempo, que no son otra cosa que acciones humanas producidas en el tiempo, entramos en el campo de la historia.

Así, el investigador histórico, cuando se enfoca en estudiar instituciones, plasma en su análisis sus propios juicios de valor o de relevancia en relación con los elementos que le parecen más importantes y que han significado una contribución al proceso de formación de la institución. Esto no es un aspecto negativo. Sin embargo, lleva a que el estudio de las instituciones sociales deba realizarse con cuidado, teniendo siempre en cuenta las leyes de tipo praxeológico en el análisis de las acciones humanas y revisando constantemente los elementos de la experiencia que se analizan e incorporan para no incurrir en falacias. El estudio de las instituciones se complementa con otras ciencias sociales tales como la sociología, antropología, derecho, etc.

Nótese, por otro lado, que el tiempo es un elemento clave para el surgimiento de las instituciones que permiten la coordinación en el mercado. Ello, a diferencia de los

fundamentos teóricos de la regulación las conductas de abuso de posición de dominio donde el tiempo es inexistente. Así, desde este enfoque, en la medida que introducimos características como tiempo, aprendizaje, información imperfecta, **hablamos no solo de un mercado sino de un proceso de mercado con instituciones**. En este, las instituciones, como reglas de juego, estructuran los incentivos y afectan los mecanismos empleados por los individuos para transmitir información; y los agentes responden a incentivos basados en la información que ellos tienen a su disposición buscando coordinar sus planes (Boettke y Fink, 2011).

De acuerdo con lo explicado en este punto, otro tipo de orden que no constituya una institución (un orden espontáneo, no diseñado deliberadamente, voluntario, con reglas generales, etc.) es en estricto sentido una organización. En ese orden de ideas, todo sistema legal emanado del Estado en cualquiera de sus niveles no constituye una institución sino una organización. Ello, pues el estado no es un orden que haya surgido de manera espontánea, evolutiva y voluntaria sino que es el resultado de un sistema de coacción y monopolio del uso de la fuerza.

Recordemos que líneas atrás, señalamos que los tipos de reglas que rigen las organizaciones no deben imponerse en un orden espontáneo pues la naturaleza de este, hacía necesario que sea regido por leyes generales y abstractas pues sólo así los agentes pueden aprovechar al máximo el conocimiento que cada uno maneja. **Bajo esta premisa, las disposiciones que emanan del Estado, al pretender imponerse sobre los órdenes espontáneos, generan descoordinaciones entre los agentes que forman parte de tal orden. Es el caso de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.** Estas reglas y su aplicación por parte de la agencia de competencia son muy limitadas a efectos de comprender toda la información que se produce de manera incesante en el mercado. No hay manera de saber ex ante, o para todos los casos, para una agencia de competencia, si es que una exclusividad no permitirá asignar los recursos en el mercado de manera eficiente. **En el mercado, como orden espontáneo, las reglas que deben regir las transacciones deben ser aquellas surgidas de manera espontánea, evolutiva y voluntaria, mas no de manera deliberada pues de otro modo se presentan las distorsiones explicadas anteriormente.**

D. Economía con Instituciones vs Economía sin Instituciones

Cuando desarrollamos los fundamentos teóricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio señalamos que los modelos de competencia perfecta y de monopolio no contemplaban la existencia de instituciones económicas y que según dichos modelos los planes se coordinaban de manera automática.

Según el enfoque de mercado que estamos planteando, las instituciones son neurálgicas para comprender cómo funciona el mercado pues sin estas los agentes no pueden coordinar eficientemente sus planes individuales. Es decir, las instituciones económicas permiten la eficiencia dinámica.

El problema de concebir una economía sin instituciones es que muchos comportamientos empresariales que aparentan ser estáticamente ineficientes, pueden ser capaces de impulsar de manera muy energética la eficiencia dinámica (Huerta de Soto, 2010), a decir, el proceso real de mercado con todas sus imperfecciones. Por ejemplo, una exclusividad que según el Decreto Legislativo 1034 puede constituir un comportamiento ineficiente, es posible que sea un comportamiento que en determinada industria permite hacer frente ante la incertidumbre del curso de los negocios, inestabilidad financiera, falta de especialización de los distribuidores, etc., toda vez que este tipo de instituciones surgen precisamente para lidiar con las imperfecciones de mercado.

Efectivamente, las instituciones de mercado (como pueden ser distintos arreglos contractuales tales como exclusividades o condiciones diferenciadas) surgen en gran parte precisamente por las desviaciones del modelo de competencia perfecta (lo que implica, información imperfecta, heterogeneidad de las preferencias, existencia de poder de negociación, entre otros aspectos). Así, como las fricciones entre nuestras suelas y la acera nos permite caminar, las imperfecciones del mundo real dan lugar a las instituciones esenciales y prácticas que hacen posible la vida económica real. Ello se da incluso a pesar de que la complejidad de las instituciones y de la acción humana en concreto sea imposible de modelar de manera exacta (Boettke, 1997).

Así, los derechos de propiedad, el concepto abstracto de empresa, el sistema financiero, los distintos arreglos contractuales, y, en general, los órdenes espontáneos han surgido a fin de facilitar que los agentes puedan coordinar sus planes. A pesar de esta importante labor, las instituciones no son consideradas como parte de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

Si el mercado fuera como el modelo de competencia perfecta, entonces no serían necesarias las instituciones. No obstante, como el mundo real es distinto, hacen falta las instituciones. Por ello, el objetivo de una política económica debe estar orientada a facilitar el surgimiento de instituciones que permitan la coordinación de mercado, mejorando la eficiencia dinámica. Efectivamente, el análisis teórico de la eficiencia dinámica es inseparable del estudio del marco institucional en el que se llevan a cabo los comportamientos empresariales. En razón de ello, debemos ser especialmente críticos de la teoría económica tradicional, herramienta mediante la cual, los economistas se empeñan en enjuiciar los procesos reales de mercado en un completo vacío institucional (Huerta de Soto, 2010).

En los siguientes puntos estudiaremos algunas instituciones que permiten la coordinación de los planes individuales en un contexto de mercado real, y que no son considerados por la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio y/o son estudiados de manera inadecuada.

E. Sistema de Precios como Mecanismo de Coordinación

En el capítulo anterior pusimos en evidencia que la teoría de la eficiencia de Pareto concebía de manera inadecuada el sistema de precios pues considera que un mercado se desempeña de manera ineficiente si el precio está por encima de los costos dado que se produce PES. Asimismo, demostramos como es que los únicos precios que se consideraban eran los precios históricos, lo cual resultaba irrelevante para el entendimiento del mercado como un proceso (Crespo, 1998). Finalmente, demostramos cómo es el proceso de formación de precios lo cual debe ser lo relevante para una mejor comprensión del mercado.

Es objeto de este punto enfatizar el rol del sistema de precios, como una institución, en el proceso de formación de precios. Al respecto, en primer lugar, debemos señalar que los precios sirven como mecanismo de transmisión de información en el mercado. Esto es, sirven para coordinar la información sobre los distintos planes individuales de los consumidores y productores. En esa línea, Hayek (2006) precisa: “(...) en un sistema donde el conocimiento de los hechos relevantes se dispersa entre mucha gente, los precios pueden actuar para coordinar las acciones separadas de diversa gente de la misma forma que los valores subjetivos ayudan al individuo a coordinar las partes de su plan”.

En otras palabras, **el sistema de precios constituye el orden espontáneo por excelencia pues ayuda a resolver el problema de coordinación de información en el mercado. En este sentido,**

es crítico precisar que el sistema de precios, como orden espontáneo, es importante y valioso porque recoge información útil sobre las distintas valoraciones de los consumidores en el mercado respecto de los bienes y servicios, permitiendo a los empresarios formar precios de mercado y coordinar los planes de los consumidores.

En ese orden ideas, si planteamos que la cuestión neurálgica de una política económica era responder a las preguntas ¿cómo facilitamos el surgimiento o la evolución de instituciones que permitan la coordinación de mercado? o ¿cómo impulsamos la eficiencia dinámica?, entonces, en lo que se refiere al sistema de precios, la pregunta es ¿cómo una política económica se puede diseñar de manera que permita que el sistema de precios pueda coordinar óptimamente los distintos planes individuales?

La respuesta la brindamos anteriormente de manera parcial: no generando distorsiones al sistema de precios. Esto es, no imponiéndoles reglas propias de las organizaciones (mandatos jerárquicos). **En efecto, una política económica debe ser diseñada de manera tal que permita que los precios recojan las preferencias de los consumidores y que los empresarios puedan trasladar esta información a los dueños de los bienes de capital.**

Por ejemplo, no interviniendo cuando una empresa dominante establece un precio alto de un factor de producción a un competidor, ata dos productos no complementarios incrementando el precio, y, en general, no restringiendo la actividad económica de empresas que tengan un producto dominante con una baja elasticidad de demanda pues finalmente el alto precio que estarían o no dispuestos a pagar tanto los competidores o consumidores transmite información en el mercado sobre las preferencias de estos últimos y ayuda a asignar factores productivos de manera eficiente.

F. Derechos de Propiedad como Mecanismo de Coordinación

Existe otra institución que por excelencia permite la coordinación en el mercado: los derechos de propiedad. Los derechos de propiedad son una institución de mercado sumamente importante cuya extensión y refinamiento se ha dado de manera gradual, no habiéndose alcanzado aún hoy sus estadios finales (Hayek, 2006).

Como en los casos anteriores, analicemos el surgimiento de esta institución. Históricamente, cuando la caza y la recolección eran las formas principales de la actividad económica, los derechos de propiedad se centraban en el control tribal del territorio que era celosamente defendido para evitar la presencia de intrusos; y las demandas de propiedad individual se dirigían a las armas, herramientas y otros efectos personales. Con el cambio gradual hacia una vida más asentada, centrada en la agricultura, los derechos de propiedad cambiaron de perspectiva y se atribuyeron a la casa y sus pertenencias. La siguiente fase en el desarrollo de la propiedad privada es el resultado del comercio y del desarrollo de las ciudades. En esta etapa, explica PIPES, las mercancías que se comercializan, y el dinero que proporcionan, se podían considerar siempre y, en todas partes, como propiedad privada (Pipes, 2002).

Otra muestra de la evolución de los derechos de propiedad es el caso del surgimiento de la propiedad privada sobre recursos naturales en Estados Unidos y Europa durante el siglo XIX. En Estados Unidos, cuando la tierra era abundante y no existía una frontera en las praderas, no resultaba conveniente establecer derechos sobre la propiedad privada. Sin embargo, la abundancia incentivaba a que los colonos talen los árboles sin preocuparse por reponerlos. De manera análoga, cazaron y pescaron hasta que se agotaron las existencias, tras lo cual migraban a regiones aún no colonizadas. Sólo en la medida en que una zona se fue poblando más y se fue acabando la tierra disponible para la apropiación que la gente, se empezó a considerar antieconómicos esos métodos predatorios. A partir de dicho momento, surgió la institución de la propiedad de la tierra, estableciéndose límites a los predios. En cambio, en Europa occidental y central no se observó tal proceso en los tiempos modernos. No hubo erosión del suelo ni deforestación pues la propiedad privada se había establecido en forma rígida hacía muchos siglos. Los bosques eran propiedad privada y los dueños se vieron obligados a establecer mecanismos de conservación en aras de sus propios intereses (Mises, 2007b).

Como se puede apreciar, el origen de la noción moderna de propiedad obedeció fundamentalmente a motivos históricos relacionados con la preservación de los recursos. La continuidad de las reglas de propiedad sólo resultó posible cuando los beneficios que ofrecían al individuo, superaron los costos que le ocasionan, por lo que hizo sentido el sometimiento a las reglas generales de dicha institución.

En ese sentido, los derechos de propiedad ayudan a utilizar los recursos de manera eficiente. Asimismo, dan, por una parte, derecho al propietario a reclamar todas las ventajas que el uso del

bien puede generar y agobia, por la otra, con todas las desventajas resultantes de su empleo (O'Driscoll y Hoskins, 2006). Esto es, ayudan a internalizar los efectos positivos y negativos de su uso. De esta manera, los derechos de propiedad cumplen una función coordinadora en la sociedad.

Contrariamente, en los modelos que sustentan la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, los derechos de propiedad privada son irrelevantes. Más aún, los derechos de propiedad son totalmente prescindibles pues es claro que la agencia de competencia, mediante la aplicación del Decreto Legislativo 1034, puede disponer sobre el uso de los factores productivos según sus propios criterios de eficiencia estática.

Empero, los derechos de propiedad, al ser una institución, constituyen en nuestro modelo un pilar fundamental para que la sociedad pueda alcanzar su mejor coordinación. La razón de esto es porque cuanto más firme es el conjunto de derechos de propiedad, tanto más fuerte el incentivo para trabajar, ahorrar e invertir, y tanto más eficiente es el funcionamiento de la economía. Sólo así, los individuos eligen actuar e involucrarse en intercambios voluntarios dando inicio al proceso competitivo de manera eficiente (O'Driscoll Jr. y Hoskins, 2006).

En ese sentido, al igual que en el punto anterior, una política económica debe estar orientada a defender la propiedad privada. De ninguna manera, consideramos, una política económica debe desincentivar el ejercicio de la propiedad privada pues en ese caso no se pueden coordinar los planes de los agentes económicos. En esa línea, sostiene O'Driscoll Jr. y Hoskins (2006), las recompensas y los costos no se internalizan cuando las leyes son deficientes o existen "lagunas" en la protección de los derechos de propiedad. Incluso, algunos autores sostienen, ante la pregunta ¿Por qué prosperan algunas naciones?, que la diferencia entre prosperidad y pobreza reside en la propiedad privada. Las naciones prosperan cuando los derechos de propiedad privada están bien definidos y se hacen valer.

De acuerdo con ello, nuestra posición es que la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio es contraproducente al surgimiento de los derechos de propiedad privada pues la agencia de competencia puede decidir qué hacer con los factores de producción de las empresas dominantes. De esta manera, se distorsiona el proceso de mercado pues no permite que las empresas puedan utilizar dicho recurso de manera eficiente en aras de satisfacer las necesidades de los consumidores y coordinar el mercado.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que en un mercado real, donde la incertidumbre y la ignorancia son inevitables, los dueños de los factores productivos pueden cometer errores y dedicar factores productivos en actividades que les pueden generar pérdidas. Sin embargo, en tanto que el mercado es un proceso de ensayo y error, el aprendizaje sobre el mejor uso de los factores también es un factor clave que ayuda al proceso de mercado. En ese sentido, la empresa dominante, en caso emplee un factor productivo de manera inadecuada –que no permita satisfacer los planes de los consumidores-, aprenderá a darles un mejor uso. Es decir, las empresas siempre estarán en una mejor posición para darles un mejor uso a los factores productivos. En cambio, la agencia de competencia, al no ser la titular de los factores productivos y al formar parte de este proceso de mercado, i) no soportará las pérdidas que haya podido generar una decisión equivocada (la incertidumbre y la ignorancia son inerradicables en el mercado y la agencia de competencia no es omnisciente); y, ii) no estará en una buena situación para aprender de los errores de mercado.

Por estas razones, consideramos que la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio debe reconsiderarse, en la medida que la agencia de competencia no debería tener la facultad legal de decidir sobre el empleo de los factores productivos de las empresas dominantes.

4.2 Reflexión Preliminar: un fenómeno complejo no puede ser coordinado mediante mandatos legales

Hasta este punto, hemos demostrado los errores metodológicos y epistemológicos de la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

Específicamente en este capítulo, hemos presentado un enfoque alternativo del mercado y las conductas empresariales. Como parte de ello, hemos tratado las principales instituciones del proceso de mercado que permiten una adecuada coordinación de los planes individuales. La idea de presentar este análisis institucional era evidenciar qué es lo que *realmente* permite maximizar el bienestar social.

Desde el enfoque tradicional de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, el bienestar social se maximiza con el modelo de competencia perfecta (o su matiz “competencia efectiva”). Según nuestra posición, la maximización del bienestar social es sinónimo de la mejor coordinación de los planes individuales en el mercado lo cual se logra a través de una política económica que permita que las instituciones surjan y evolucionen de manera adecuada.

Es decir, mientras que la política de libre competencia busca maximizar el bienestar social a través de mandatos sobre aquellas empresas con posición de dominio en el mercado, según nuestra hipótesis, una política económica debe tener por finalidad permitir el surgimiento óptimo de las instituciones sociales, así como su evolución, para que así los distintos planes individuales en el mercado se puedan coordinar.

Y es que detrás de nuestra hipótesis está el reconocimiento de que el mercado es un fenómeno complejo y, por lo tanto, las recetas de economía política no se basan en intersecciones de curvas de demanda y oferta inexistentes en un mundo perfecto donde no existen instituciones y la función empresarial es irrelevante. En contraste, un enfoque normativo basado en un proceso de mercado está relacionado menos con el grado en el cual las condiciones actuales de un mercado se desvían de un estado ideal (competencia perfecta), y se centra en su lugar en que si las condiciones existentes realmente en el mercado, como las instituciones económicas, facilitan el descubrimiento de los errores empresariales (Ikeda, 1994), pues ello permite satisfacer la demanda de los consumidores.

A efectos graficar esta complejidad de mercado y porqué los mandatos sobre las empresas dominantes no permiten la coordinación en el mercado, vamos a tratar un ejemplo tratado en un trabajo de del profesor Read denominado “I, Pencil My Family Tree as told to Leonard Read”:

Un lápiz parece un bien cuya producción no resulta compleja. Sus principales componentes son madera, carbón, metal, una etiqueta, caucho, etc. Sin embargo, ninguna persona en el mundo podría saber por si sola cómo fabricar un lápiz desde cero. Veamos.

Para contar con la madera como materia prima, ha tenido que existir una arboleda en determinada parte del mundo. Esta arboleda ha demandado el uso de distintos bienes de capital tales como camiones, sistema de comunicaciones, sistemas eléctricos, etc. A fin de obtener el metal necesario, ha sido necesaria una industria minera. Luego, también han sido neurálgicos acuerdos o contratos entre proveedores de metal y la empresa que fabrica el lápiz. Muy probablemente, estos proveedores serían de otro país pues muy pocos países en el mundo tienen industria metalúrgica. Sumado a esto, para producir el carbón, ha sido necesaria una industria minera que produzca carbón en alguna parte del mundo. En esta industria minera se ha adquirido maquinaria especializada que seguramente proviene de otro país. Para tener el borrador, se ha necesitado de un químico específico que por lo general se produce en países asiáticos. En todas estas industrias se han

empleado maquinarias especializadas para cuya producción, existe detrás toda una industria que por seguro una es más compleja que la otra.

Como se puede apreciar, la cadena de producción de un simple lápiz es infinita lo que hace infinitamente complejo el proceso de mercado. No existe una mente maestra que pueda conocer cómo diseñar este mercado o alguna mente que dicte o fuerce las acciones que se deben llevar a cabo en el mercado y se pueda tener certeza de que esta mente esté en lo correcto. Nótese que, incluso, no ha sido necesario que las personas que trabajan en los distintos niveles de la cadena de producción de un lápiz se conocen o se conocerán en su vida

A pesar de esta complejidad, la producción de un lápiz es posible.

Como sostiene Read, un lápiz es una compleja combinación de milagros: un árbol, zinc, hule, grafito y demás. Pero a estos milagros, que se manifiestan en su forma natural, se agrega otro: la configuración de la energía creativa humana: millones de pequeños *know-hows* configurándose natural y espontáneamente en respuesta a las necesidades y deseos humanos y en la ausencia de cualquier mente maestra. Estos millones de *know-hows* automáticamente se ajustan a patrones creativos y productivos en respuesta a demandas y necesidades humanas, y en ausencia de una mente coercitiva o gobierno.

Si quisiéramos graficar esta interrelación existente entre todas las industrias, o la mayoría de, que forman de la producción de un lápiz, podríamos representarla de esta manera:

saben que deben atender industrias que fabrican bienes atractivos para los consumidores. Precisamente, es porque las instituciones han surgido espontáneamente, sin la intromisión de una mente dictatorial que fije los precios o cantidades y a quién o cómo establecer los contratos, lo que ha permitido que la información de mercado pueda viajar por las venas del mercado, facilitando la coordinación espontánea entre las industrias.

Lo que queremos resaltar en este punto es que la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio es contraproducente a una política que tenga por finalidad facilitar el surgimiento de instituciones como las que hemos tratado en este punto y, en consecuencia, impide la coordinación en el mercado de manera óptima. En efecto, sobre la base de los fundamentos teóricos desarrollados hasta este punto, podemos afirmar que los mandatos dictados por la agencia de competencia no pueden mejorar o aumentar el bienestar social. Ello, en la medida que por su naturaleza de mandatos, son impuestos de manera coercitiva impidiendo el proceso de mercado de ensayo y error; y, más aún, son impuestos por una mente que no puede manejar toda la información que se produce en el mercado a cada segundo, lo cual violenta las libres decisiones a las que puedan arribar los agentes económicos a fin de coordinar sus distintos planes individuales. En tal sentido, los mandatos dictados por la agencia de competencia, sobre la base de modelos que no tienen que asidero fáctico y teórico, distorsionan el proceso de mercado pues no permiten que las instituciones económicas surjan. No permite que los empresarios o consumidores puedan entrar en un proceso de descubrimiento, de ensayo y error, respecto de la mejor manera de cómo atender la demanda de los últimos. En efecto, cuando se prohíben contratos de exclusividad, acuerdos con condiciones comerciales diferenciadas, ventas atadas, etcétera, la agencia de competencia distorsiona el sistema de precios así como los derechos de propiedad.

En primer lugar, un mandato de la agencia de competencia es una restricción de los derechos de propiedad porque impide que los empresarios y consumidores puedan destinar el uso de sus recursos libremente. Por ejemplo, la conducta denominada contratos de exclusividad. Prohibir una exclusividad implica impedir a una empresa dominante que comparta un activo importante con solo una empresa o que exija como prestación en un contrato que un distribuidor no distribuya productos competidores de la dominante. En este contexto, debemos indicar que el restringir los derechos de propiedad es un desincentivo para que los agentes económicos busquen cuál es uso más eficiente del recurso. Ciertamente, no garantizar los derechos de propiedad puede significar que los recursos tiendan a explotarse de manera ineficiente básicamente porque no se permite a los propietarios internalizar las externalidades del uso del bien (ganancias y pérdidas).

En segundo lugar, un mandato de la agencia de competencia también constituye una distorsión del sistema de precios. Por ejemplo, en un caso de ventas atadas, la agencia de competencia puede prohibir que una empresa dominante exija a sus distribuidores que le compren productos atados, o, en un caso de discriminación de precios, la autoridad puede impedir que la dominante imponga a algunos competidores un precio más alto. Estas conductas se prohíben el hecho de que la empresa dominante impone precios muy altos. Sin embargo, los precios altos, como hemos apuntado anteriormente, son un mensaje al mercado respecto de que hay bienes o servicios que son muy altamente valorados en el mercado (siempre que las empresas o consumidores estén dispuestos a pagar por ello). Si la agencia de competencia prohíbe este tipo de conductas, no permite que se genere información sobre una potencial demanda insatisfecha que puede ser cubierta por posibles entrantes en el mercado.

Como se puede apreciar de estos ejemplos, los mandatos de la agencia de competencia significan una restricción de las instituciones sociales y espontáneas que permiten la coordinación en el mercado. Ello constituye un argumento adicional para considerar un cuestionamiento a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

CAPÍTULO 5: REPENSANDO LA TEORÍA DE REGULACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Como hemos visto en los capítulos anteriores, la regulación de las conductas de posición de dominio, tienen respaldo teórico en el uso del modelo de competencia perfecta y de monopolio a efectos de entender los comportamientos empresariales y sus consecuencias sobre el bienestar social. Sin embargo, también hemos puesto en evidencia los errores de dicha teoría y hemos presentado un enfoque alternativo del estudio del comportamiento empresarial desde un punto de vista científico más adecuado.

En este punto, analizaremos los principales elementos de la regulación de las conductas de abuso de dominio a la luz del enfoque de mercado que hemos planteado con el fin de resaltar las principales falencias de dicha política.

5.1 El Concepto De Posición Dominante

Como hemos tratado en los capítulos anteriores, el concepto de posición dominante es clave en la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. El Decreto Legislativo 1034 la define como:

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (g) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (h) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (i) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (j) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (k) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (l) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

Sin perjuicio de que, como establece la norma, su sola tenencia no es ilícita, debemos notar que la posición de dominio sí tiene una connotación negativa dentro de la regulación de las conductas bajo análisis. Por esta razón existen conductas, como por ejemplo, un contrato de exclusiva o una discriminación, que son permitidas a empresas no dominantes, empero, se encuentran prohibidas para empresas dominantes. Ello, básicamente porque se considera que la posición de dominio es de por sí contraria a la competencia perfecta.

Sin embargo, consideramos necesario replantear dicha posición a la luz de los argumentos teóricos desarrollados en los capítulos anteriores. Veamos.

- Cuotas de mercado

La posición de dominio de una empresa viene definida principalmente por su cuota de mercado, la cual puede estar calculada en función a las ventas o producción.

Ahora bien, una venta no es otra cosa que una relación de intercambio, la cual hemos estudiado desde el punto de vista praxeológico. Una relación de intercambio se lleva a cabo porque existen dos agentes económicos que encuentran que los medios del uno coinciden con los fines del otro. Esta afirmación permanece siendo cierta cuando en la relación de intercambio está involucrada una empresa que ostenta posición de dominio y un distribuidor.

En efecto, en dicho caso, la empresa dominante tiene un bien que constituye un medio que desea venderlo, mientras que un distribuidor tiene como medios el capital necesario para comprar dicho bien. Ambos agentes entrarán en una relación de intercambio del bien por dinero **siempre que ambos obtengan una utilidad mayor al coste del intercambio**. Esto es, siempre que ambas partes se beneficien del intercambio. En este punto se puede deducir que un intercambio voluntario siempre da como resultado una utilidad social positiva en la medida que esta resulta de la sumatoria de los beneficios que ambos agentes obtienen del intercambio. Mientras más relaciones de intercambio se ejecuten, más ventas tendrá la empresa dominante y, en consecuencia, tendrá una mayor cuota de mercado (lo que genera a su vez mayor utilidad social). Nótese que el mismo análisis aplica en la relación empresa dominante - consumidor. En este último caso, las compras del consumidor demuestran sus preferencias por los productos de la empresa dominante.

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que mientras más altas cuotas de mercado mantenga una empresa es porque ha sido más eficiente puesto que ha atendido mejor a sus clientes. Ello debido a que les ha permitido entrar en relaciones de intercambio mutuamente beneficiosas. Si esto es así, y es apodícticamente cierto, ¿por qué se “castiga” a las empresas que han sido más eficientes impidiéndoles que realicen arreglos contractuales que no les están prohibidos a empresas menos eficientes (con menor cuota de mercado)?

Al respecto, Armentano (2001) sostiene “la cuota de mercado es, después de todo, el resultado directo de que los consumidores estén premiando a las empresas que han premiado a los consumidores de manera continua con innovaciones superiores. Una vez más, el asalto del antitrust a los líderes del mercado es un ataque a la eficiencia demostrable y a la preferencia revelada del consumidor”.

Desde nuestra perspectiva, en ese sentido, no basta con que se afirme que la sola tenencia de posición de dominio no es ilícita sino que debe ser al menos irrelevante a efectos de analizar si es que una conducta es ineficiente o no en el mercado. Ello porque la posición de dominio de por sí misma es sinónima de eficiencia empresarial.

- Efectos de red

Otro de los criterios empleados para definir la posición de dominio son los denominados “efectos de red”. Sobre el particular, se señala que “algunas empresas exitosas (...) tienen ventajas injustas sobre otros agentes más pequeños porque un gran número de usuarios de sus productos permite grandes beneficios, lo que a su vez permite aumentar la red de clientes y los beneficios de la empresa dominante” (Armentano, 2001). Es decir, en la medida que una empresa cuente con efectos de red, ello podrá ser sinónimo del ejercicio de posición dominante. Nótese que los efectos de red son una especie de economía de escala lograda por la empresa dominante. Los efectos de red, y en general las economías de escala, de hecho crean ventajas del lado de la demanda para las empresas grandes e incrementan los beneficios de los consumidores que usen esos sistemas. Asimismo, las economías de escala, pueden incluso generar ventajas del lado de los costos para los líderes del mercado, haciendo aún más difícil a las pequeñas empresas ser competitivas. Por esta razón, a las empresas que cuenten con esta ventaja se las puede considerar dominantes y, en consecuencia, castigar prohibiéndoles que realicen determinadas conductas empresariales que no están prohibidas para empresas más pequeñas.

Sin embargo, somos de la opinión que esta teoría es incompleta. Ello pues no toma en consideración que los ingresos incrementales y bajos costos marginales no son garantía de éxito a largo plazo. De hecho, la historia ha puesto en evidencia casos de empresas que se vinieron abajo por cambios en los gustos de los consumidores y en la tecnología. Efectivamente, como hemos tratado en los puntos anteriores, el mercado es un fenómeno complejo. Ello implica que las preferencias de los consumidores siempre son heterogéneas y cambiantes. El hecho que una empresa cuente con dicha ventaja en determinado momento, no es garantía de que pueda mantener dicha ventaja en el futuro sino que para tal efecto debe realizar conductas eficientes en el mercado, las cuales están relacionadas con atender bien a los consumidores.

Armentano (2001), al respecto, sostiene que los bajos costos y las ventajas incrementales para un gran número de usuarios en la red son los beneficios económicos de un proceso competitivo libre y nunca deben ser castigados. En tal sentido, el enfoque debe ser distinto: la competencia genera justamente estos efectos de red: bajos costos y mayores ventajas para los consumidores; y, asimismo, premia a las empresas que innovan primero y que expanden antes que el rival. Esto es, los efectos de red no deben ser empleados para determinar que un mercado es poco competitivo sino lo contrario. Por lo tanto, hacer a estas empresas objetivos de la ley antitrust, parece una contradicción.

El mismo análisis puede realizarse respecto del poder de negociación de los clientes, competidores y/o proveedores, que es otro criterio para determinar la posición de dominio. Efectivamente, que la empresa dominante tenga mayor poder de negociación que estos, se debe a que tiene un activo que es muy valioso para sus contrapartes. Este activo se ha logrado debido a que la empresa ha actuado de manera eficiente.

- Acceso a fuentes de financiamiento

De acuerdo con el Decreto Legislativo 1034, el capital financiero constituye un criterio para definir si una empresa es dominante. Dicho argumento se sustenta en el hecho que el acceso a las fuentes de financiamiento puede ser una limitación para competir y, en consecuencia, puede ayudar a las empresas dominantes a restringir la competencia. Ello porque algunas empresas entrantes tienen que pagar un precio más alto por el capital que las ya establecidas.

Al respecto, discrepamos con dicha posición pues la regulación objeto de cuestionamiento no considera que todos los recursos tienen precios que deben ser pagados para asignarse a sus usos más valiosos. En ese sentido, el capital es un recurso y se paga para ser usado productivamente. En efecto, el costo del capital es determinado en el mercado de capitales y las empresas que lo adquirirían deben hacerlo libremente a precios de mercado (Armentano, 2001). Las empresas que son capaces de adquirir capital a precios más bajos porque demuestran que los riesgos por usar el capital son menores. Una empresa que está ya establecida en el mercado, con un continuo record de retornos por sus inversiones, generalmente, va a adquirir capital a menores precios.

De esa manera, por más que sea una limitación, no es injusta ni daña el bienestar del consumidor porque finalmente, ese capital y esos beneficios están al servicio de los consumidores cuando las empresas eficientes acceden a él. Esta limitación, por tal razón, está basada en una mayor eficiencia en el uso de recursos y, en consecuencia, no puede utilizarse como una excusa para perseguir a las empresas eficientes.

Más bien, un crédito más barato es sinónimo de que una empresa está atendiendo mejor a los consumidores pues su actividad es menos riesgosa. Siendo así, cuando una empresa tiene acceso al crédito a un menor precio, ello significa que la empresa es eficiente y competitiva en relación con otros agentes en el mercado.

- Barreras de entrada al mercado

En cuanto a las barreras de entrada al mercado, estas también se utilizan como un criterio para definir cuando una empresa tiene posición de dominio. Al respecto, se afirma que constituyen una ventaja de los vendedores establecidos en una industria sobre los potenciales entrantes, la cual permite a la empresa establecida subir los precios por encima del precio competitivo sin atraer nuevos entrantes a la industria (según BAIN). Por otro lado, también se afirma que las barreras de entrada constituyen el costo de producir el cual debe ser asumido por las entrantes pero que no son asumidos por aquellas ya establecidas (según STIGLER).

Debemos notar que existe un componente en común en ambas definiciones de barreras a la entrada: una ventaja o beneficio de la empresa establecida sobre sus potenciales competidores.

Desde el punto de vista praxeológico, una barrera a la entrada viene a ser un costo en el que tiene que incurrir una empresa, que por lo general son factores productivos, a efectos de entrar en una relación de intercambio. Como hemos mencionado antes, los costos son de carácter subjetivo pues dependen del precio esperado que el empresario haya obtenido, según el cálculo económico que haya efectuado. **Según se puede apreciar, las barreras a la entrada no dependen de la empresa dominante, dependen de los precios esperados de mercado.** Los precios de mercado dependen en última instancia de las preferencias subjetivas de los consumidores y no dependen de la empresa establecida. Si es que la empresa dominante es eficiente y genera economías de escala, logrando precios más bajos, entonces es claro que una empresa si es que apunta a entrar al mercado, debe lograr la misma estructura de costos que la empresa dominante porque costos mayores generarán precios mayores que los consumidores muy probablemente no están dispuestos a pagar porque ya están satisfechos con los precios de la empresa dominante. En estos casos, la empresa entrante claramente tendrá más dificultades para ingresar al mercado pero que esto se debe a la eficiencia de la empresa dominante y a la preferencia subjetiva de los consumidores. Siendo así, las barreras a la entrada no pueden ser tomadas como un elemento en contra de la empresa establecida para considerarla como una empresa dominante y prohibirle determinado tipo de conductas, que apuntan a coordinar los planes de los consumidores, que no están prohibidas para empresas menos eficientes.

De otro lado, consideramos que es inadecuado que se considere que las barreras a la entrada constituyen un beneficio de las empresas establecidas que les permite tener una posición dominante –y, en consecuencia, ser objeto de castigo por parte de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio- por dos razones: (i) no existe una ventaja de las empresas establecidas sobre los entrantes puesto que las primeras también han tenido que incurrir en los costos que las entrantes deben incurrir empero en distinto momento; y, (ii) como hemos mencionado, aquellos beneficios que supuestamente gozan las empresas establecidas son el resultado de un comportamiento eficiente en el mercado.

Efectivamente, la inversión en la que tiene que incurrir una empresa entrante al mercado es la misma en la que ha tenido que incurrir la empresa establecida (o dominante) a efectos de entrar en el mercado aunque en un momento anterior. Asimismo, una restricción regulatoria, la ha tenido que sortear tanto la entrante como la establecida en un comienzo. De igual manera, sí es verdad que existan barreras estructurales a la entrada como por ejemplo, una economía de escala alcanzada por una empresa dominante en el mercado. Sin

embargo, debemos considerar que dicha economía ha tenido que ser alcanzada desde un comienzo desde cero al igual que las empresas entrantes.

De otro lado, debemos considerar que si una empresa dominante ya ha sorteado las barreras a la entrada en un mercado, es porque ello es el resultado de un comportamiento eficiente en el mercado. Por ejemplo, si para entrar a un mercado es necesario incurrir en altos costos hundidos en investigación e innovación, la única manera de cubrir dichos costos es que la empresa establecida haya podido satisfacer de manera adecuada a los consumidores de manera que pueda generar mayores ventas y, en consecuencia, mayores ingresos. En ese sentido, cabe la pena preguntarse si el gasto en investigación e innovación es un importante elemento para competir o constituye una “barrera a la entrada” que restringe la competencia y, en consecuencia, daña a los consumidores. Claramente, ello constituye una ambigüedad teórica y puede conducir a dirigir erróneamente el *enforcement* del derecho de la libre competencia (Armentano, 1994).

En suma, no existe una ventaja por parte de la empresa establecida respecto de las entrantes porque ambas han tenido que sortear las mismas dificultades para ingresar al mercado. **Las barreras a la entrada no tendrían que jugar un papel en contra de las empresas establecidas o dominantes.**

- Los beneficios de la posición dominante

De acuerdo con la teoría de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, el beneficio extraordinario que percibe la empresa dominante derivada de su posición en el mercado, tiene como correlato una pérdida de eficiencia social.

Sobre el particular, debemos recordar que una de nuestras principales críticas de esta teoría, debido a su mal enfoque metodológico y epistemológico, está basada en que se trata de un modelo estático con el cual se pretende juzgar el mercado que es más bien un proceso dinámico. Este enfoque inadecuado no permite una adecuada comprensión de dichos supuestos beneficios anticompetitivos o pérdida de eficiencia social.

Al respecto, es neurálgico señalar que dichos beneficios anticompetitivos son en realidad invertidos de alguna de las siguientes maneras: 1) Ampliación de sus instalaciones con adquisición de nuevos activos; 2) inversión en cualquier otra industria; o, 3) incremento de su propio consumo (Hazlitt, 2011). **Cualquiera de estas tres posibilidades ha de producir**

demanda de trabajo y creación de nuevo valor en el mercado. Con ello sostenemos que el beneficio que supuestamente obtiene la empresa dominante, al no cobrar cerca de su costo marginal según el modelo de mercado en competencia perfecta, más allá de ser el resultado de un comportamiento eficiente, se traduce en utilidad social en otros mercados por lo que no puede ser visto como un aspecto negativo el cual merezca ser castigado.

En otras palabras, la posición de dominio en el mercado no puede ser visto como algo negativo toda vez que tienen consecuencias positivas sobre otros mercados. Siendo así, se debe reconsiderar la PES desde un punto de vista dinámico y enfocarlo como una expansión de la producción visto el mercado de manera más amplia.

- Las verdaderas restricciones: Las barreras legales

El Decreto Legislativo 1034 reconoce como un tipo de barreras a la entrada las barreras de tipo legal. Esto es, a las restricciones de acceso al mercado que emanan del estado. En ese sentido, de acuerdo con la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, las restricciones que imponga un gobierno pueden otorgar poder de mercado a una empresa.

En efecto, estamos de acuerdo en que la regulación gubernamental del mercado puede otorgar poder de mercado a una empresa. Ello, en la medida que dichas restricciones signifiquen: (i) la imposición de determinados requisitos para la entrada al mercado que sólo pueden ser cumplidos por pocas empresas; (ii) la obligación a los consumidores a adquirir bienes y servicios de determinada(s) empresa(s); y, (iii) la imposición de altos estándares de calidad a los bienes y servicios de manera que pocas empresas puedan cumplir con ellos. Cuando ocurre alguna de estas situaciones, las empresas tienen pocos incentivos para competir, sea porque la regulación los coloca en una situación cómoda frente al consumidor (no es necesario ofrecerle productos innovadores pues estos están obligados a contratar) o porque no enfrentan competencia. Con restricciones para competir, es más factible que algunas empresas puedan gozar de posición dominante en el mercado.

Ejemplo de este tipo de restricciones son cuando el gobierno otorga monopolios legales a determinadas empresas o cuando es necesario obtener derechos de concesión para poder brindar determinados servicios. En estos casos, el acceso al mercado no depende de criterios de mercado (ganancias esperadas) sino que depende de la decisión política de quien autoriza el ingreso al mercado. Otros ejemplos son cuando los gobiernos encarecen los títulos habilitantes para brindar determinados servicios o cuando obligan a los

consumidores a contratar determinados tipos de seguros que solo pueden ser provistos por determinadas empresas.

Nótese que este tipo de situaciones otorgan una situación privilegiada a determinadas empresas toda vez que con dicha regulación, otras empresas no pueden acceder al mercado. Efectivamente, dado que incumplir la regulación es ilegal, la única manera que ingresen competidores es cumpliendo la regulación lo cual puede resultar poco atractivo desde un punto de vista económico.

Ahora bien, la capacidad de ejercer poder de mercado por parte de una empresa es un fenómeno realmente existente. Ello no es algo negativo para el mercado en un sentido real y dinámico, y mucho menos debe ser utilizado para perseguir a las empresas con ostentado dicho poder pues como hemos visto en los puntos anteriores, dicho poder puede deberse a desempeño eficiente en el mercado basado en la capacidad de coordinar los planes de los consumidores de la mejor manera.

Sin embargo, cuando dicho poder de mercado se obtiene en virtud de una barrera a la entrada al mercado de tipo legal, el análisis es distinto pues esta puede constituir una importante fuente de monopolio económico (Dilorenzo, 1983).

En efecto, a diferencia de otros tipos de limitaciones o restricciones inherentes al mercado, las barreras legales generan que no existan incentivos suficientes para los potenciales entrantes. En consecuencia, generan que las empresas con tales privilegios legales se comporten como monopolistas, provocando lo que precisamente busca atacar la regulación de libre competencia: precios y niveles de producción distintos al de competencia perfecta. Más aún, cuando han existido empresas con estos privilegios legales y posteriormente las restricciones legales fueron eliminadas, las empresas tuvieron que actuar de manera más competitiva bajando sus precios e incrementando su producción (Armentano, 1994).

Por esta razón, y en este punto nos adelantamos a una de las principales conclusiones de la presente tesis: si existe una política destinada a fomentar la libre competencia en el mercado, desde un punto de vista metodológico y epistemológico adecuado, esta debe tener por finalidad la de remover todas las barreras legales existentes en el mercado.

- Conclusión de la crítica al enfoque tradicional de la posición de dominio:

Como se puede apreciar, en general, muchos conceptos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio están mal enfocados. Por ejemplo, los criterios empleados para determinar la posición de dominio están asociados a supuestas ventajas que la empresa dominante goza en el mercado. Empero, no se tiene en consideración que dichas ventajas provienen del hecho que la empresa dominante ha sido más eficiente que sus competidores al momento de crear ofertas que satisfagan más y mejor a sus clientes desde un punto de vista real y dinámico.

De ninguna manera, las ventajas de las empresas con poder de mercado pueden significar una pérdida de eficiencia social que deba ser castigada. Como señala Smith (1983, p. 26): “En una verdadera competencia perfecta, todas las firmas tienen cierto grado de control sobre los precios y todas buscan maximizar su beneficio por restringir la producción en cierto grado. Pero **cualquier beneficio que pueda resultar** debe ser visto, no como una pérdida social, sino más bien como un incentivo dinámico necesitado para mover la economía hacia técnicas más eficientes de producción y hacia encontrar las preferencias más urgentes del consumidor”.

Por esta razón, consideramos que el hecho de que una empresa ostente posición de dominio no puede ser tenido en cuenta al momento de analizar si una empresa realiza una conducta contraria al bienestar social, en la medida que es el resultado de eficiencia tanto de la propia empresa y repercute positivamente en otras industrias. Así, no debería existir razón para prohibir determinadas conductas a empresas dominantes mientras que se permite que las mismas sean realizadas por empresas que no gozan de dicha posición.

5.2 LA FALTA DE REGLAS CLARAS

Un aspecto que es neurálgico en el mercado, considerando que se trata de un fenómeno complejo, es la información. Hemos precisado anteriormente que una de las fuentes más importantes de información son el sistema de precios, los derechos de propiedad y en general las instituciones económicas.

Sin embargo, toda la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio está plagada de reglas confusas y ambiguas que no facilitan la transmisión de información en el mercado. Esta situación genera que las empresas no puedan interpretar o aprehender de manera eficiente (desde un punto de vista dinámico) la información que se debe generar en el mercado toda vez que esta es distorsionada la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. Precisamente, somos de la opinión que esta falta de claridad en las reglas de juego proviene del hecho que la teoría de la regulación está basada en un modelo estático que no representa la realidad del fenómeno económico

en donde los aspectos que dilucidaremos a continuación puede que sí sean aplicables no obstante no en un mundo real.

A continuación trataremos algunos puntos que ponen en evidencia esta crítica:

- La definición del mercado relevante y la posición de dominio

La definición del mercado relevante así como la determinación de si una empresa goza de posición de dominio son aspectos que deben tomarse en consideración a efectos de imputar la comisión de una infracción. Esto es, son aspectos que una empresa debería, al menos en teoría, tener en claro para tomar una decisión empresarial bajo la premisa de que es posible que dicha decisión pueda generar PES y ser objeto de sanción. Sin embargo, no existe manera de que una empresa pueda tener certidumbre sobre estos aspectos. De hecho, son sumamente ambiguos y, peor aún, su definición constituye una facultad discrecional de las agencias de competencia.

Por ejemplo, para definir un mercado relevante se utiliza el test del monopolista hipotético. ¿Por qué un incremento en el precio de 5% resulta relevante para todos los consumidores? ¿Por qué no 30% o 3%? Además, ¿cuánto hay que esperar para ver los cambios en las preferencias de los consumidores ante el incremento en precios? Como señala Rockefeller (2007), el problema de este criterio es que constituye un intento de “efectuar un análisis estático en un mundo dinámico mediante una suposición acerca de un futuro desconocido. La definición del mercado parte de un supuesto que solo podría cumplirse en un mundo imaginario, no en el mundo real”.

Lo cierto es que no es posible, según hemos demostrado, que se pueda definir un mercado relevante de manera científica. En efecto, es imposible determinar de manera objetiva si los cambios en precios en determinados bienes producen cambios en otros bienes (elasticidad cruzada). Que los precios de un producto X no afecten las ventas de un producto Y no quiere decir que estos dos bienes no sean rivales. Puede implicar únicamente que los cambios en precios son una pobre medida de sustituibilidad en los mercados donde la competencia no basada en precios es importante (Armentano, 2001).

Ahora bien, si las reglas para definir el mercado relevante son ambiguas y poco objetivas, y la determinación de la posición de dominio depende del mercado relevante, entonces las conclusiones a las que se arribe respecto de la posición de dominio, también adolecerán de los mismos vicios. Sin perjuicio de ello, para determinar la posición de dominio, también se recurren a reglas poco claras y ambiguas.

Ciertamente, si no es posible definir de manera no ambigua un mercado relevante, parecería imposible determinar con certeza científica si los cambios en las cuotas de mercado o en los niveles de concentración, derivados de una conducta de abuso de posición de dominio, amenazan la competencia y hacen la restricción efectiva más probable (Armentano, 2001).

En ese orden de ideas, aunque se crea que existe una buena razón para que la agencia de competencia haya elegido el índice de concentración HHI como un indicador adecuado u objetivo, estos límites son completamente arbitrarios (Armentano, 2001). No es posible saber qué porcentaje de cuota de mercado, o qué valor del índice HHI constituyen un poder de mercado de manera que se pueda reducir la producción y elevar el precio. Ninguna teoría económica ni evidencia empírica pueden sustentar dicha aseveración.

Efectivamente, si bien las agencias de competencia consideran que una cuota de mercado superior al 50% es un indicador de posición de dominio, ello solo puede ser un indicio desde un punto de vista estático más no desde un punto de vista dinámico. La historia económica ha demostrado que grandes empresas con altas cuotas de mercado por varios años han sucumbido ante las innovaciones de empresas competidoras y por ello incluso han sido conducidas a la quiebra.

Ahora bien, la agencia de competencia para darle un matiz dinámico a su análisis emplea cuotas de mercado históricas para determinar si existen indicadores de posición de dominio de una empresa. Sin embargo, debemos indicar que estos precios históricos son datos del pasado y de ninguna manera demuestran de manera objetiva que en el futuro ello permanecerá de dicha manera.

Como vemos, por más que existan definiciones respecto del mercado relevante y la posición de dominio en el Decreto Legislativo 1034, es imposible que se pueda determinar de manera clara y objetiva ambos aspectos puesto que al final del día, y según hemos tratado en el capítulo segundo, constituyen meras opiniones (Armentano, 2001).

Al final, que una empresa ostente posición de dominio no depende de su cuota de mercado, niveles de concentración u otros factores arbitrarios empleados por la agencia de competencia. Dependen de que la empresa sepa atender de manera adecuada a los consumidores, coordinando sus planes y, con respecto a ello, ni los propios empresarios tienen un conocimiento científico y objetivo.

- La regla de la razón

Es verdad que con el *new learning* del derecho de la libre competencia y la introducción de la regla de la razón se hicieron en su momento mejoras al sistema de libre competencia en general. Empero, hoy en día, consideramos que existe evidencia científica que invita a repensar la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio incluso con la aplicación de la referida regla pues tampoco representa un modelo adecuado de política que fomente la libre competencia. Ello puesto que esta regla tampoco es clara para el mercado debido a las inconsistencias teóricas que representa.

La regla de la razón, como hemos estudiado, representa un tipo de análisis costo-beneficio entre la restricción a la competencia –derivado del aumento o mantenimiento del poder de mercado de una empresa- y las justificaciones basadas en eficiencia económica. La aplicación de la regla de la razón es la última etapa luego de la determinación del mercado relevante y la posición de dominio.

La regla de la razón recae en dos asunciones irreales: 1) que existe una forma científica de determinar la posición de dominio; y, 2) la creencia de que existe una manera científica de determinar qué niveles de concentración de mercado generan poder de mercado y cuáles no. Conocer ambas cosas es imposible, tanto teórica como empíricamente. Siendo así, podemos afirmar que la regla de la razón adolecerá nuevamente de los mismos vicios de ambigüedad, puesto que las conclusiones a las que arribe dependerán de opiniones más no de afirmaciones objetivas o científicas.

Ahora bien, en general, los elementos que son utilizados para aplicar la regla de la razón también adolecen de los mismos problemas científicos.

Por ejemplo, el índice de cierre de mercado. De acuerdo con este criterio, cuando un porcentaje importante de empresas o canales es “cerrado” a un competidor, de manera que este no pueda entrar al mercado, se causa una afectación grave al mercado. Sin embargo, ¿cómo se puede establecer de manera clara cuándo un porcentaje de cierre de mercado – criterio que es empleado para medir la afectación de mercado- es ilícito? Una exclusividad entre dos empresas que operan en distintos niveles de la cadena de comercialización siempre va a implicar un cierre para los competidores. ¿Ello quiere decir que deben prohibirse las exclusividades? ¿A partir de cuántas empresas se considera un cierre de mercado ilícito? Son preguntas que la agencia de competencia trata caso por caso pero que no existen forma científica de poder conocer esta información tanto desde el punto de vista de la autoridad como desde las empresas.

Otro elemento que se toma en consideración es el tiempo que dura la afectación al mercado. Por ejemplo, si un contrato de exclusividad es superior a 3-4 años, ello puede ser un indicador de que existe posición de dominio. Empero, ¿cómo afirmar si un contrato de exclusividad por cinco años rebasa los límites de la eficiencia empresarial?

La información relativa a cuando un acuerdo es beneficioso, se produce una eficiencia en ahorros derivado de un contrato, inversiones en innovación, mejoras en la distribución, ahorros en transporte, costos de transacción, etc., siempre es subjetiva y no se puede medir objetivamente. Son las partes contractuales las que de manera individual pueden conocer los costos y beneficios asociados con sus acuerdos, ninguna regulación antitrust puede ser racionalizada (Armentano, 2001).

Todas estas preguntas ponen en evidencia que todo el sistema de regulación de las conductas de abuso de posición de dominio está plasmado de reglas que no son claras en lo absoluto y dependen enteramente de los criterios subjetivos de las personas que conformen la agencia de competencia. Toda la supuesta evidencia empírica de tipo económica con la que cuenta la agencia de competencia para resolver un caso nunca es concluyente puesto que factores como sustituibilidad, poder de mercado, concentración, plazos contractuales, etc., son cuestiones de grado y que dependen de cada situación en particular. De hecho, no dependen de la supuesta omnisciencia de la autoridad sino que de la preferencia variable y heterogénea de los millones de consumidores que día a día toman decisiones de compra. Si es así, ¿con qué legitimidad la agencia de competencia puede tomar decisiones sancionando a las empresas que han sabido atender mejor a los consumidores? O ¿por qué se debe condenar una conducta cuando solo se cuenta con datos no concluyentes? (Rockefeller, 2007).

En esa misma línea, Armentano (2001) plantea:

(...) problema esencial es que se asume que la autoridad antitrust puede tener acceso a la información concerniente al curso futuro del proceso de mercado el cual está simplemente no disponible para cualquier persona. En adición, se asume la habilidad de medir el fenómeno económico que en principio no puede ser medido por ningún observador externo. Por lo tanto, a pesar de que la regla de la razón puede dar la apariencia de ciencia y objetividad, es, de hecho, seudocientífico y no puede legitimar la intervención antitrust (Armentano, 2001, p. 82)

Incluso, desde un punto de vista netamente jurídico, podría esgrimirse que una tipificación como la establecida en el Decreto Legislativo 1034, en lo referido a las conductas de abuso de posición de dominio, viola el principio de legalidad, que es un precepto constitucionalmente reconocido. Ello porque una empresa no puede saber de antemano si su contrato u operación comercial constituye un ilícito. En este sentido, se cuestiona:

(...) Una parte importante adicional de la causa en contra de la ley antimonopolio y la ejecución se refiere a cuestiones básicas del debido proceso y la justicia. Antes de una acción antimonopolio y cualquier supuesta violación de la ley, nadie puede saber con certeza razonable lo que significa "reducir la competencia sustancial" o efectuar restricciones "razonables" del comercio; nadie puede conocer con certeza razonable el mercado relevante de referencia o si los precios se redujeron para enfrentar la competencia de "buena fe". Las empresas que innovan nuevos productos o precios más bajos pueden descubrir, años después de los hechos, que tales prácticas excluyen a los competidores, disminuyen la "competencia" y violan la ley. Pero debido a que la "ley" antimonopolio no puede ser conocida de antemano con algún grado de claridad, entonces la ley de defensa de la competencia y el cumplimiento agencia son caprichosa y arbitraria, y, respecto de esas firmas e bajo acusación difícilmente puede decirse que cuentan con el debido proceso (Armentano, 2001, p. 101).

Rockefeller (2007), cuestiona también la falta de claridad de las normas:

El tema con la discrecionalidad es que con el antitrust no se hace lo que se supone tienen que hacerse en nuestro sistema: aplicar a hechos demostrados reglas

anunciadas por escrito, para decidir si se violó una Ley. 1), porque los hechos no están demostrados, y 2), porque las premisas son vagas (Rockefeller, 2007, p. 31).

Podemos afirmar que la aplicación de la regla de la razón no reconoce que en el mercado existe incertidumbre e información imperfecta, a la cual el legislador no puede arribar con certeza. Tampoco reconoce que, ente estas situaciones de incertidumbre e ignorancia, existen instituciones económicas que cumplen una labor más adecuada que la aplicación por parte del legislador de la regla de la razón. Los sistemas de precios, los arreglos contractuales y los derechos de propiedad sin la intervención del gobierno, por ejemplo. En esa línea, Armentano (2001) señala que “ni los reguladores o economistas, abogados o jueces, pueden saber de antemano que configuración de instituciones de mercado son socialmente eficientes y cuáles no. Este es precisamente el propósito del libre mercado”.

Más aún, la falta de reglas claras conlleva decisiones arbitrarias (Rockefeller, 2007), incluso aunque fueran bien intencionadas. En tal sentido, nuestra propuesta en este punto pasa por desterrar estas reglas arbitrarias que impiden que se transmita información de manera adecuada en el mercado y que se deje a los agentes económicos determinar, a través de sus decisiones de compra y venta, cuáles son los comportamientos más eficientes.

- ¿Por qué no cabe el término “abuso” de posición dominante”?

En línea con los argumentos tratados en los puntos anteriores, en este sostenemos que muchas de las conductas que son ejecutadas por las empresas dominantes, en lugar de ser consideradas como un “abuso” de dicha situación, reflejan en realidad una situación competitiva y bien llevadas a cabo son el resultado de un comportamiento eficiente.

En primer lugar, todas aquellas conductas típicas (contrato de exclusiva, discriminación, negativa, etc.), así como la propia definición de una conducta de abuso de posición de dominio no constituyen un “abuso” como tal sino que son el resultado de arreglos contractuales entre dos personas con absoluta capacidad de contratación.

No existe una imposición por parte de la empresa dominante en contra de la empresa excluida en el mercado o una afectación a esta pues si la transacción se lleva a cabo es porque es beneficiosa para ambas y si no, es porque no lo es para al menos una de las partes. Si se ha llevado a cabo, entonces no puede alegarse posteriormente que haya constituido un abuso puesto que es el resultado del mutuo acuerdo. Si no se llevó a cabo tampoco puede alegarse

como un abuso pues no se puede imponer a una empresa que contrate según determinadas reglas si este contrato no le es beneficioso.

Al respecto, cabe señalar que la creencia de que una empresa puede imponerse frente a otra (abusar) data de los inicios históricos del sistema de libre competencia. Quienes defendían la legislación antimonopolio, argumentaban que existían empresas con poder de ejercer “coerción”, lo cual, según Areeda y Kaplow, preocupaba a la Clayton Act. Asimismo, alegaban que en aquellos días los vendedores poderosos no solo elegían a sus clientes sino que también ejercían coerción y opresión sobre ellos pues los obligaban a comprarlos únicamente a ellos y a nadie más. Sin embargo, no existe evidencia sobre cómo hicieron estos vendedores de gran tamaño para mantener ese comportamiento en vista de que no es posible obligar a los clientes a comprar sino que estos son libres de comprar o abstenerse de comprar a quien deseen (Rockefeller, 2007).

Como se puede observar, a pesar de que un contrato o negociación se haya llevado a cabo entre dos empresas con plena capacidad, de acuerdo con el Decreto Legislativo 1034, este puede constituir un abuso o imposición. Una regla como esta no es beneficiosa para el mercado puesto que los agentes no pueden saber cuándo un contrato puede ser contingente.

Ahora bien, si analizamos el abuso desde la perspectiva no de la empresa “abusada” sino de terceros, como otras empresas o los consumidores, debemos tener en cuenta lo siguiente: todos los contratos son restrictivos. Todos los acuerdos contractuales cierran opciones y excluyen alternativas. Los contratos que duran un año son más excluyentes que aquellos que duran una semana. No obstante, estas restricciones son el resultado de la búsqueda de arreglos contractuales que faciliten atender al consumidor final de la manera más eficiente (Armentano, 2001). De ninguna manera pueden ser objeto de persecución por parte de la agencia de competencia.

Incluso, el argumento de que constituye un abuso porque limita las alternativas disponibles del consumidor tampoco es válido toda vez que no existe un derecho del consumidor a tener alternativas disponibles. Además, ¿cuándo un número de alternativas disponibles deja de ser legal? En realidad, el número de alternativas no es garantía de una mejor atención de la demanda de los consumidores. Si es que este número se reduce, es en búsqueda de una mayor eficiencia empresarial, lo que se traduce en el proceso de descubrimiento de las preferencias del consumidor según hemos visto en los capítulos anteriores.

Nuestra propuesta en este sentido, es reconocer que las empresas dominantes no pueden imponer o abusar de su posición en el mercado. Únicamente, entran en acuerdos como lo hacen cualquier otro agente económico con el objeto de ser más eficiente en el mercado como parte del proceso competitivo. En esa línea, presentamos algunas explicaciones alternativas a la teoría tradicional respecto de determinadas tipificaciones de conductas de abuso de posición de dominio:

a) *Rising rival's costs*

Una situación que puede ser considerada como abuso de posición de dominio es cuando “una empresa tiene la capacidad de elevar los costos que enfrentan sus rivales y, en ese sentido, puede reducir el nivel de competencia en el mercado y obtener mayores utilidades” (OECD, 2011). Esta conducta puede impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica, según establece el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034. A estas conductas también se les conoce como prácticas predatorias e implica que las firmas líderes pueden emplear una variable competitiva que no es el precio de manera que se eleven los costos del competidor o se haga que la demanda por los productos del competidor se haga obsoleta (Armentano, 2001). Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando una empresa dominante cobra un *fee* muy alto para el ingreso de un competidor a su red de distribución, cuando eleva los costos de cambio del consumidor respecto de sus productos o cuando hace uso de sus patentes de manera abusiva.

Un primer problema que observamos es que no existe forma objetiva de distinguir cuando se trata de un supuesto de actuación predatoria ilícita o una situación en la cual una empresa está explotando un activo (V.g. su red de distribución, sus insumos, sus patentes, etc.) cuyo valor ha sido alcanzado en virtud de sus comportamientos eficientes.

Debemos considerar si es que la empresa está en la capacidad de explotar una variable competitiva, la única manera de que pueda tener éxito es con el apoyo directo de los consumidores. En efecto, la única manera de que una variable competitiva, sin intervención del gobierno, pueda ser un factor explotable por parte de una empresa dominante, es que los consumidores valoren dicha variable pues en caso contrario, no tendría ningún valor en el mercado. Siendo así, nada obsta que, como parte de un libre

proceso competitivo, los consumidores puedan migrar sus preferencias a otro bien igual o más valioso. Es un proceso y no hay razón objetiva para que la legislación de libre competencia interfiera.

Respecto de las conductas predatorias, se dice que las empresas en el largo plazo, buscan excluir a los competidores causando un perjuicio a los consumidores y que estos no son conscientes de ello. No obstante, nadie puede saber cuáles son los intereses de los consumidores a largo plazo. Incluso, dicho argumento es cuestionable pues nadie puede asumir que los intereses en el largo plazo sean superiores que los intereses en el corto plazo (Armentano, 2001).

Por esta razón, consideramos que este tipo de prácticas, más que una manifestación de un abuso de posición de dominio, son el reflejo de un proceso competitivo en donde las empresas dominantes tienen la capacidad de explotar una variable competitiva precisamente porque han sido eficientes en la atención a los consumidores y la única manera de que dicha variable pueda ser explotada en el futuro es que siga comportándose eficientemente desde un punto de vista dinámico.

c) Ventadas atadas

Las ventas atadas, de acuerdo con el Decreto Legislativo 1034, consisten en: “Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos”. El problema, detrás de estas conductas es que permite transferir el poder de mercado de un producto a otro por razones distintas a la de una mayor eficiencia económica. Al respecto, consideramos que este tipo de conductas tampoco pueden ser consideradas como un abuso de posición de dominio sino que son el resultado del proceso competitivo según las siguientes razones.

En primer lugar, debemos indicar que toda persona que vende algo impone una operación atada. Esto es así porque cada producto o servicio se puede desglosar en elementos más pequeños (Bork, 1993). La única manera de determinar cuándo un producto se encuentra o es considerado atado a otro o no, es a través de las decisiones de compra de los consumidores. Es decir, el valor de los bienes separados o juntos depende enteramente de las valoraciones subjetivas de los consumidores, respecto de su funcionalidad y usos. Por ejemplo, habrá consumidores regulares que les convenga

comprar una computadora con una impresora y que para estos el paquete sea un producto único, mientras que puede haber consumidores más especializados que prefieren hacer las compras de los componentes por separado.

La capacidad de unir productos y venderlos conjuntamente es una manera que tienen las empresas para diferenciar sus productos y hacerlos más atractivos frente al consumidor en la búsqueda de coordinar mejor sus planes de consumo. Ello, a pesar de que dicha actuación sea opuesta al modelo de competencia perfecta, según hemos estudiado.

Que una empresa tenga una capacidad limitada para diferenciar sus productos no es justificación para restringir las conductas de las empresas que sí tienen dicha capacidad. Después de todo, debemos considerar que la única manera de que dicha diferenciación tenga éxito en el mercado, es que los consumidores valoren los productos atados. Sobre este punto, existen muchas ventajas de los productos atados y que solo pueden ser valorados subjetivamente por el propio consumidor. Al respecto, Levy (2004) sostiene:

En primer lugar, si los productos vinculantes y atados se relacionan de manera funcional, pueden reducirse los costos a través de economías de producción o distribución conjunta. En segundo lugar, si el producto atado es esencial para la eficiencia operativa del producto vinculante, o si este es sensible a la calidad de aquel, existen innegables ventajas en cuanto al rendimiento al evitar sustitutos inferiores, especialmente cuando al consumidor le resulta difícil determinar si los problemas operativos se deben a insumos de baja calidad (Levy, 2004, p. 202).

Pareciera que en el fondo las medidas en contra de este tipo de conductas son pretextos para regular contratos entre partes donde una tiene un mayor poder de negociación que la otra al ofrecer la venta de productos atados. Sobre este punto, Rockefeller (2007) desarrolla una tesis importante en la que establece que este tipo de ventas son únicamente prácticas explotativas pues los productos atados en realidad son utilidades monopólicas por lo que no hay intento de transferencia de poder de mercado a otros mercados, como establece la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio con efecto excluyente. Así, señala:

Considérese este ejemplo (...): El Sr. P tiene un producto monopolístico para el cual fija un precio de US\$ 1.000. En un intento de expandir su poder de mercado, P le exige a su cliente, el Sr. C, que adquiera un producto atado sin valor alguno por otros US\$ 100. Supóngase además que el producto atado representa ganancia pura para P (es decir, su costo es cero) y pérdida pura para C (es decir, el producto tiene un valor igual a cero para su uso o reventa). A primera vista, parecería que P ha transformado un único monopolio en dos. Adviértase, sin embargo, que el precio del paquete de los dos productos sería el mismo si P fijara el precio del producto vinculante al valor máximo de US\$ 1.100 o fijara un precio por separado para cada producto. En cualquier caso, C tiene dos opciones. Puede aceptar la oferta, lo que indica que considera que el producto vinculante vale US\$ 1.100 o más, o puede rechazar la oferta, lo que significa que considera que el producto vinculante vale menos de US\$ 1.100. Estas dos opciones son idénticas, haya o no una operación atada. El monopolio de P reside únicamente en el producto vinculante.

Siendo así, encontramos otra razón para no considerar a las ventas atadas como conductas de abuso de posición de dominio, sancionadas por el Decreto Legislativo 1034.

d) Discriminación de Precios

La discriminación de precios, según el Decreto Legislativo 1034, consiste en:

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.

Respecto a esta conducta, cuestionamos el hecho de que si una empresa dominante cuenta con un producto A y a su vinculada lo vende a un precio menor o le ofrece una condición más favorable que a la competencia de su vinculada, ¿por qué habría de

sancionarla si es que precisamente la idea de ofertar productos en el mercado es poder sacar la mayor rentabilidad posible de estos?

Si la empresa discriminada no acepta el producto A con tales condiciones es porque considera que los consumidores no valorarán el mismo en el mercado. Si es que acepta es porque considera que sí lo harán. En este caso, no puede luego considerarse que ello constituye un abuso porque la decisión se tomó de manera racional desde un punto de vista dinámico. En cualquier caso, el éxito de un precio alto impuesto por la empresa discriminadora dependerá de las valoraciones subjetivas de los consumidores.

Si una empresa no acepta el contrato con dichas condiciones y como consecuencia no puede ingresar al mercado, no puede considerarse que habrá una reducción en la producción por que los productos A, si han sido producidos, se venderán por la empresa dominante.

Existen muchas razones por las cuales se puede establecer condiciones diferenciadas. Estas están relacionadas con ahorros en costos de transacción, aseguramiento de un flujo de ventas, compras por volumen, pagos anticipados, etc. Si bien estas situaciones son reconocidas como supuestos eximentes de responsabilidad en el Decreto Legislativo 1034, en caso que sean consideradas como justificaciones basadas en eficiencia, en realidad, no existe manera de que un abogado o economista pueda saber si es que en el caso en concreto se trató de una razón justificada. Ello es parte del proceso competitivo de mercado y su calificación como tal dependerá en última instancia de los consumidores mediante sus decisiones de consumo.

Imaginemos un supuesto de discriminación, como parte de una política de precios, en el cual una empresa dominante vende más caro sus productos a otra empresa sub distribuidora con la finalidad de que esta no interfiera en la venta a determinados clientes finales con la finalidad de evitar el arbitraje. Esta conducta podría ser considerada ilícita en la medida que puede excluir a dicho sub distribuidor en la venta a clientes finales. En esta situación, surgen dos interrogantes ¿por qué la empresa dominante tendría que subsidiar los precios para que la empresa sub distribuidora sea su competidor? y ¿por qué no podría la empresa dominante extraer más ingresos de empresas que podrían estar en situación de pagar un precio mayor? El único sustento que tiene la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio es que se prefiere tener a un número mayor de agentes -sin importar que se desincentive que los

agentes se comporten de manera competitiva- lo cual ya hemos demostrado que no es sinónimo de un mercado más o menos competitivo.

En general, como hemos podido observar, **las denominadas conductas de abuso de posición de dominio no son más que la manifestación del proceso competitivo por parte de empresas que lograron grandes eficiencias.** Más aun, debemos tener en cuenta que el éxito de una práctica de abuso de posición de dominio depende enteramente de las preferencias del consumidor y ante ello, la agencia de competencia pareciera no tener justificación para intervenir. Contrariamente, la intervención de la agencia de competencia, a pesar de apuntar a un objetivo loable, el único efecto que genera es mediar en los casos en los que una empresa tiene mayor poder de negociación frente a otra y no tiene en cuenta que envía al mercado incentivos equivocados que no permiten la coordinación. Es decir, a pesar de que sea un aspecto negado por los teóricos del antitrust, siempre habrá una finalidad proteccionista no deseada respecto de las empresas que no lograron ser tan eficientes en el mercado.



CAPÍTULO 6: EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA REGULACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Luego de haber presentado una crítica teórica a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, consideramos oportuno ampliar la crítica desde un punto de vista histórico. En ese sentido, vamos a estudiar los orígenes históricos de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

Para estudiar el origen de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, debemos referirnos al estudio del origen de la política antitrust en general de la que forma parte. En 1887 se aprobó una ley en Estados Unidos denominada Ley de Comercio Interestatal, mediante la cual se crearon diversas comisiones a fin de regular los distintos precios de mercado. Esta fue la antesala para que el 2 de julio de 1890 en los Estados Unidos se aprobara la Ley *Sherman Act* (Cáceres, 2008), norma que es considerada como la primera legislación antitrust.

La *Sherman Act* prohíbe los acuerdos tendentes a restringir el comercio y todos los actos tendentes a obtener un monopolio sobre cualquier parte del mercado (Sullivan y Hovenkamp, 1984, p. 16 -18), según establece:

Artículo 1: Todo contrato o conspiración, que restrinja el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, se declara Ilegal por la presente Ley. Toda persona que haga cualquier contrato o participe en cualquier combinación o conspiración declarada ilegal por la presente ley, será considerado culpable de delito grave y, convicta de ello, será castigado con una multa que no exceda de \$10.000.000 si es una sociedad o, en caso de cualquier otra persona, \$350.000.000 o con prisión de hasta tres años o con ambos castigos a discreción del Tribunal

Artículo 2: Toda persona que monopolice o intente monopolizar o se combine o conspire con cualquier otra persona, o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, será considerada culpable de una falta, y convicta de la misma, será castigada con una multa que no exceda los 10,000,000\$, si se tratase de una sociedad, o de 350,000\$, si se tratase de cualquier otra persona, o con prisión de hasta tres años, o con ambas penas, a discreción del Tribunal.

Ahora bien, el análisis histórico implica estudiar las razones históricas que llevaron a la aprobación de determinadas normas. Con respecto a la Sherman Act, existen distintas explicaciones. Por ejemplo, Bradley (1990) realiza una interpretación del personal interés del senador Sherman de que se apruebe una ley que regule el comercio debido a su poco éxito intentando aprobar otras normas sobre control de tarifas.

No obstante, la más popular explicación es que la Sherman Act estuvo motivada por una extendida hostilidad en contra de los monopolios pues se consideraba que estos afectaban los intereses de los consumidores y los pequeños negocios; y, además, porque era contrario a las instituciones democráticas (Bradley, 1990). En aquella época, se alegaba algunas empresas habían formado unas asociaciones denominadas *trusts* en distintas industrias (carne, productos agrícolas, petroleras, etc.) y que estas reducían artificialmente la producción, con lo que perjudicaban gravemente al consumidor. En teoría, se suponía que esa disminución de la cantidad producida buscaba elevar el precio del bien de consumo. Por ello, el senador Sherman (Cáceres, 2008), a quien se debe la Sherman Act, señaló lo siguiente:

(s)i los poderes concertados de una combinación son encomendados a un solo hombre, esto es una prerrogativa real, inconsistente con nuestra forma de gobierno, y deberían estar sujetos a la firme oposición del Estado y de las autoridades nacionales (...). Si no toleramos a un rey como poder político, no deberíamos tolerar a un rey de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir. Si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier bien o producto. La opinión popular está agitada con los problemas que pueden perturbar el orden social, y entre ellos ninguno es más amenazador que la desigualdad de condición, riqueza y oportunidad que ha crecido en una sola generación a fuerza de la concentración de capital en grandes asociaciones para controlar la producción, el comercio y para acabar con la competencia. Estas asociaciones ya desafían o controlan poderosas empresas de transporte y alcanzan a las autoridades estatales. Nos alcanzan con sus garras hasta cualquier parte de nuestro país (...). El Congreso puede manejarlas, y si no tenemos la voluntad o somos incapaces, pronto habrá un monopolio para cada producto y un señor que fijará el precio de cada producto necesario para la vida.”

Sin embargo, a pesar de la creencia generalizada, la realidad histórica durante el momento de la aprobación de la *Sherman Act* fue otra.

A modo de ejemplo, en el sector alimenticio, cuatro grandes empresas dedicadas a la producción de carne se asociaron a fin de poder acceder a tarifas más bajas y lograr economías de escala en diversas etapas productivas (despiece, empaquetado, etc.). Este trust vacuno fue capaz de enviar el producto final de su nuevo sistema productivo a cualquier punto de los EEUU desde sus instalaciones centrales en Chicago. Esta revolucionaria forma de hacer negocio se benefició enormemente del desarrollo del ferrocarril, que había logrado vertebrar los diferentes mercados regionales del país. La aparición de los primeros vagones refrigerados también fue clave en la puesta en práctica de la nueva manera de producir carne y a la hora de llevarla hasta el consumidor. Muy contrariamente a la creencia popular, la consecuencia lógica de estos cambios productivos fue la caída del precio de la carne en casi todo EEUU. **Evidentemente, esto motivó que empresas menos eficientes que no lograron alcanzar las economías de escala de los Trusts elevaran y canalizaran sus quejas en contra de ellos ante el senador Sherman.**

Lo cierto es que, como afirma Thorelly (1955), cuando se aprobó la *Sherman Act*, el Congreso de los Estados Unidos se encontraba en una situación de ignorancia, debido a la falta de un análisis especializado de la voluminosa data provista por las autoridades federales y estatales. Esta situación generaba que el Congreso de los Estados Unidos no cuente con evidencia que soporte la aprobación de la norma en cuestión. Más bien, existen estudios que muestran data histórica que evidencia que la creencia de que los trusts estaban restringiendo la competencia o perjudicando a los consumidores era errónea.

Según nos comenta Calzada (2006):

(...) las décadas previas a 1890, año en el que se aprobó el Sherman Act, fueron tiempos de un gran crecimiento económico y de vertiginosas innovaciones tecnológicas. Precisamente en los sectores en los que más importancia tuvieron los trusts fue donde más creció la producción y la productividad gracias al aprovechamiento de las economías de escala, a la aplicación de nuevas tecnologías y al uso de nuevos sistemas de transporte como el ferrocarril. Fue también en esos sectores en los que se registraron las mayores caídas continuadas de los precios, tanto de los bienes de consumo como de los bienes de producción. Este proceso difícilmente puede entenderse como un perjuicio para el interés de los consumidores.

En realidad, la histórica económica de los Estados Unidos presenta abundante evidencia de que los trusts no estaban causando perjuicio alguno a los consumidores.

Dilorenzo (1985) nos presenta un estudio económico de tipo empírico en el cual analizó 17 industrias que habían sido acusadas de estar monopolizadas por los trusts (azúcar, productos agrícolas, hidrocarburos, etc.). Así muestra, sobre la base de información estadística oficial, que durante los años 1880 y 1890, previos a la promulgación de la Sherman Act, hubo incrementos considerables de la producción en las 17 industrias. Incluso, presenta evidencia de que las industrias en las que los trusts supuestamente estaban causando perjuicios, habían demostrado un crecimiento más rápido que otras industrias. Por ejemplo, a finales del siglo 19, 9 industrias acusadas de monopolización crecieron a razón de 62% en promedio mientras que la variación PIB general era de 16%. Asimismo, demostró que “el PIB real aumentó 24% en promedio entre 1880 y 1890, mientras que en aquellas industrias acusadas de monopolización, para las cuales la data empírica estuvo disponible, crecieron en promedio 175%.

A mayor abundamiento, el autor nos presenta data sobre los niveles generales de precios, y señala que durante los años de la aprobación de la Sherman Act, los niveles generales de precio estuvieron decreciendo. No obstante, en las industrias supuestamente monopolizadas, los precios decrecieron a niveles más importantes. Por ejemplo, señala “los precios promedio del acero para vías férreas bajaron de US\$ 68 a US\$ 32 entre 1880 y 1890, o 53%. El precio del azúcar refinada bajó 22%, de 9 centavos por kilo en 1880 a 7 centavos en 1890” (Dilorenzo, 1985), entre otros casos similares.

Toda la evidencia empírica apuntaba a contradecir la principal acusación en contra de los trusts: estos no estaban reduciendo producción o aumentando precios. De hecho, se estaban comportando más eficientemente que en otras industrias, siendo los consumidores los más beneficiados.

Más allá de que esta data no entró en discusión en el debate para la aprobación de la Sherman Act, existían congresistas que dudaban de los beneficios de la norma pues reconocían que, en realidad, no se producían los problemas mentados. El congresista estadounidense William Mason, comenta Dilorenzo (2000), afirmaba durante los debates que los precios en dichas industrias habían bajado, empero, estuvo a favor de aprobar la Sherman Act.

Entonces, ¿por qué se aprobó esta norma? Más allá de la racionalización económica posterior de todo el ordenamiento, la cual ha sido objeto de estudio del presente trabajo, la regulación de libre competencia tiene una raíz proteccionista de las empresas menos eficientes y contraria a la acumulación de capital de las empresas más eficientes. Sin embargo, el discurso del senador Sherman aparentaba un interés en los consumidores, quienes, como la data lo pone de manifiesto, no habían sido perjudicados en lo absoluto.

Al respecto, Calzada (2006) comenta que del “estudio de su correspondencia muestra que [el congresista Sherman] jamás se escribió con asociaciones de consumidores para estudiar las demandas de éstos y, sin embargo, sí mantuvo intensos contactos con empresas ineficientes incapaces de competir con la alta productividad de los trust. Sherman eligió a los consumidores como escudo pero igualmente podía haber utilizado a los conejillos de la india si estos le hubieran sido más útiles para sacar adelante sus políticas contrarias a la libertad de mercado y la soberanía del consumidor.

Cabe señalar además que la propuesta legislativa fue criticada tanto por gente de izquierda como de derecha (Smith, 1983). En ese sentido, Orbach (2013) comenta:

El debate político no era claro, reflejaba diversos intereses y generaba un amplio rango de alegaciones y declaraciones. Durante la promulgación de la Sherman Act, el Congreso expresamente debatió a favor de proteger a la industria en contra de los trusts. Los defensores de esta posición controlaban el Congreso, y de hecho, redactaron la Sherman Act. (...) En la última parte del siglo 19, los políticos a menudo consideraron el daño a las pequeñas empresas como una indicación de un daño por parte de los trusts a la economía. Por ejemplo, los discursos, cartas y autobiografía del Senador Hoar reflejaron una fuerte convicción de que la “acumulación [de capital por parte de los trust] era muy dañino” y requería inmediata atención. Para ilustrar este punto, el Senador Hoar escribió en su autobiografía: “Se dice que un hombre ha adquirido una fortuna de más de un millón de dólares sacando una ventaja respecto de otros productores y distribuidores. (...) Similarmente, en uno de los debates en la Casa de los Representantes, el congresista William Mason acusó que los trusts habían “destruido la competencia legítima y replegado a los hombres honestos de las empresas de negocios legítimos” (...) Ellos creyeron que los trusts estaban “robando” a todos los segmentos de la sociedad, incluyendo los pequeños negocios.

Como se puede apreciar, era clara la raíz proteccionista de la Sherman Act y el ataque a las empresas que legítimamente venían aumentando la producción y reduciendo precios a pesar de que ello significara la salida del mercado de algunos competidores. Algunos autores sostienen que pareciera que la historia del derecho antitrust ha sido una de cacería de brujas, inspirada políticamente, contra los negocios más innovadores y empresariales de los Estados Unidos (Dilorenzo, 2000), sobre la base de que estos venían acumulando capital, lo cual motivaba una

fuerte reacción en contra de la concentración de poder económico (Robles, 2001), a pesar de que ello no dañara a los consumidores.

En ese sentido, y en línea con la crítica de la presente tesis, Bullard et al. (2007) sostienen:

La *Sherman Act* fue un instrumento político que se emitió para salir de un problema complicado que tenía el Congreso de los Estados Unidos al final del siglo XIX, que era la fuerte oposición que se estaba gestando al interior de la sociedad norteamericana contra la concentración de capitales. Lo que hizo el Congreso fue actuar como normalmente actúa un Congreso: como válvula de escape. El Congreso emitió la ley. ¿Y qué cosa decía la ley? No decía nada. Su contenido fue delineándose en el tiempo, conforme la Corte Suprema de los Estados Unidos fue aplicándola. Es un caso extraño porque se trata de una suerte de *Common Law* basado en derecho positivo. El *Antitrust Law* norteamericano es, en definitiva, derecho jurisprudencial fundado en una norma vacía de contenido normativo relevante.

Hoy en día, la finalidad de regular las conductas de abuso de posición de dominio es evitar que en el mercado se genere PES. Ello pues, de acuerdo a los fundamentos teóricos que hemos criticado, significa una mala asignación de recursos, generando una pérdida de eficiencia social. Sin embargo, cuando contrastamos la teoría económica con el surgimiento de la política económica, vemos que nada tiene que ver la teoría con la política. Contrariamente, el origen de la política que cuestionamos tiene raíces proteccionistas que no guardan relación con la PES.

Siendo así, encontramos un argumento adicional para cuestionar la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, resulta cuestionable que la teoría económica que justifica supuestamente la política económica –esto es, la teoría tradicional económica de la eficiencia de Pareto y que hemos desvirtuado- se haya desarrollado en una etapa posterior a la política económica. La única explicación razonable es que la política de libre competencia nunca se diseñó verdaderamente para mejorar el bienestar social o proteger el proceso competitivo. Se diseñó, como la historia lo muestra, para proteger a las empresas menos eficientes en el mercado, a través de reglas arbitrarias y ambiguas.

A la fecha, centenares de casos terminaron en distintos tipos de resoluciones pensadas para generar cambios en las estructuras de mercado y en las prácticas empresariales. Empero, se ha invertido muy poco tiempo y esfuerzo, tanto dentro como fuera del Estado, en evaluar los efectos de estas

resoluciones en el comportamiento de las empresas o la situación de la competencia en las industrias afectadas. ¿Cuánto diferiría la conducta adoptada por esas empresas si nunca se hubiera entablado una demanda? ¿Mejóro sensiblemente la competencia, en el sentido propio del término? Casi nadie se molestó en averiguarlo (Rockefeller, 2007). Es en virtud de estas cuestiones que consideramos importante el análisis histórico de la política de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio a efectos de repensar su vigencia.



CONCLUSIONES

- La regulación de las conductas de abuso de posición de dominio se sustenta en los modelos teóricos de competencia perfecta y de monopolio; conjuntamente con la aplicación del criterio de competencia efectiva. Los modelos de monopolio y de competencia perfecta son representaciones del paradigma Estructura-Conducta-Desempeño. Según este paradigma, la estructura de un mercado (por ejemplo, su nivel de concentración), define el performance del mercado para determinadas conductas empresariales.
- La regulación de las conductas de abuso de posición de dominio tienen por finalidad que el mercado se asemeje a uno en competencia perfecta y no se acerque a uno en monopolio. Ello, bajo la premisa que un mercado en competencia perfecta es eficiente en el sentido de Pareto y el mercado en monopolio genera pérdida de eficiencia social. Esto es, cuando un agente ostenta una posición monopólica o de dominio (estructura de mercado), genera una mala asignación de recursos en el mercado (performance del mercado) – en aplicación del paradigma Estructura-Conducta-Desempeño.
- El paradigma Estructura-Conducta-Desempeño se obtuvo a partir de determinados trabajos de carácter empírico realizados principalmente por economistas pertenecientes a la corriente Organización Industrial. Esto es, a partir de algunos estudios de mercado, los economistas hallaron determinadas regularidades en el comportamiento de las empresas, obteniendo el paradigma antes indicado. Ello nos lleva a concluir que la teoría económica que sustenta la política de regulación de las conductas de abuso de posición de dominio se construyó empleando el método empírico.
- Asimismo, da aplicación de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio por parte de la agencia de competencia implica la aplicación el método empírico para sancionar a las empresas que cometan dichas infracciones.
- Toda política económica, como es el caso de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, se sustenta en una teoría económica. La teoría económica determina si las herramientas empleadas para lograr el fin perseguido por la política son las adecuadas. Si estas herramientas son equivocadas, entonces la política también lo será. La teoría económica se elabora sobre la base de enfoque metodológico y epistemológico. Sostengo que la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio se sustenta en una teoría económica que es inadecuada desde un punto de vista metodológico y

epistemológico; y, por lo tanto, es inválida. En consecuencia, dicha política económica es inadecuada.

- En efecto, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio parte del método empírico. El método empírico es un método de investigación científica. Se basa en la experimentación, la lógica empírica, la observación de fenómenos y análisis estadístico. Se sostiene que a través de la experimentación y procedimientos prácticos es posible revelar las relaciones esenciales y las características fundamentales del objeto de estudio. Para tal efecto, es necesario que en el objeto de exista regularidad, se pueda predecir su comportamiento y se pueda observar directamente. Ahora bien, toda investigación debe emplear un método científico que vaya acorde con o sea adecuado respecto objeto de estudio que, en el caso de la economía, es la acción humana, la cual compone los intercambios aislados, el mercado y las instituciones.
- Sin embargo, el estudio de la economía no puede partir del método empírico toda vez que:

a) En la economía no existe regularidad. En efecto, a diferencia de las ciencias naturales, en economía, los objetos de estudio, a decir, la acción humana o el mercado, no denotan regularidad en su comportamiento pues los agentes en el mercado (consumidores, empresarios, inversionistas, directores, etc.) actúan en función a un fin subjetivo o preferencia. El hombre, a diferencia de las cosas y los animales, al perseguir un fin en su actuar decide acerca del curso de su propio comportamiento y eso hace que el investigador no pueda “controlar” esta variable en un estudio de laboratorio. Así, la acción humana, al estar guiada por fines subjetivos, está guiada por causas únicas que responden a las valoraciones subjetivas, únicas e irrepetibles en determinado tiempo y lugar; lo cual hace que no exista regularidad en el comportamiento humano, desde un punto de vista científico. Si una acción humana no es una variable controlable, la suma de estas tampoco lo será y, en consecuencia, el investigador no puede “testear su hipótesis” en el mercado a través de distintos estudios empíricos, haciendo imposible la obtención de leyes universales mediante este método.

Entonces, si es que no es cierto que exista una relación determinista entre la estructura de mercado y el performance del mismo, encontramos una primera falencia en la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. En consecuencia, la búsqueda de un mercado atomizado o el

impedir mercados de estructura monopólica como finalidad de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no constituye un fundamento teórico adecuado.

b) En economía no se pueden realizar predicciones científicas.- Realizar predicciones en economía implica poder elegir determinados datos que son de tipo históricos económicos y, a través de distintas técnicas, deducir qué es lo que ocurrirá en el futuro con el comportamiento de los agentes económicos. Detrás de esta metodología empírica está la idea de que las variables se pueden controlar o mantener constantes y a partir de ahí predecir cómo se comportarán otras variables en el futuro. No obstante, para que una predicción sea cierta deben cumplirse los siguientes presupuestos:

- (i) Los elementos del conjunto origen (datos históricos) deben ser constantes (regulares),
- (ii) Los elementos del conjunto imagen (datos futuros) deben estar dados y deben ser constantes, y
- (iii) Las correspondencias entre los elementos de uno y otro conjunto deben estar dadas.

Empero, ninguno de los supuestos se cumple en economía puesto que los datos en este campo, y que corresponden al conjunto origen y conjunto imagen, jamás están dados o son constantes. Ello es porque los datos en economía consisten en miles de acciones humanas que responden cada una a los distintos fines subjetivos e individuales de los hombres.

c) El objeto de estudio de la economía no es un fenómeno observable.- Un requisito para la aplicación del método empírico es que los fenómenos objeto de estudio sean en principio observables pues sólo así se permite la experimentación. Sin embargo, de la acción humana, solo podemos decir que el hombre actúa en función a un fin. No se puede afirmar científicamente cuál es este fin pues no se puede observar. Por el contrario, cuando se hace un estudio empírico en economía, el investigador debe asumir todos estos datos mediante la interpretación más no mediante la observación. De hecho, se requiere elegir cuáles son los datos relevantes, el significado de cada uno de estos y las relaciones entre ellos. Esta elección implica

realizar juicios de valor o también denominado juicios de relevancia, los cuales, por definición, son subjetivos y arbitrarios pues depende de los sesgos del observador, ideologías, experiencia pasada, perspectivas, y sobre todo, del bagaje teórico que este posea. En ese sentido, toda interpretación que se erija sobre las bases de estos juicios de valor no tiene el estatus epistemológico de una teoría objetiva sino que se trata de una interpretación histórica. Es decir, constituye una apreciación subjetiva con respecto al fenómeno económico.

- En consecuencia, si no se puede aplicar el método empírico en economía, entonces la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, el paradigma “Estructura-Conducta-Desempeño”, resulta errada. En efecto, si no se puede aplicar dicho método, entonces la obtención del referido paradigma, mediante determinados estudios de mercado, no es correcto. Es decir, la estructura de un mercado no define su performance. Por lo tanto, de cara a la regulación bajo cuestión, no se encuentra justificado desde un punto de vista científico sancionar conductas por el hecho que generen una estructura de mercado menos atomizada y más monopolizada pues no necesariamente es verdad que generará efectos anticompetitivos y un perjuicio para la sociedad.
- La persistencia por aplicar un método inadecuado en la economía llevó a los economistas a distorsionar el objeto de estudio: la acción humana, el mercado y las instituciones. En efecto, los modelos de mercado en competencia perfecta y en monopolio son modelos irreales a partir de los cuales se construye una teoría (la eficiencia de Pareto) que es también es irreal. Sin embargo, a partir de dicho modelo irreal se juzga el mercado real, lo cual es inadecuado desde toda perspectiva. Ciertamente, una teoría sobre fenómenos irreales podrá explicar los fenómenos de un mundo irreal de manera verdadera o perfecta, pero del mundo real no podrá afirmarse lo mismo puesto que los supuestos de partida son distintos. Es decir, el hecho de que una teoría sea verdadera, no implica que necesariamente sea real, y, en consecuencia, no necesariamente nos explicará fenómenos reales. En ese sentido, si las teorías económicas no son reales puesto que se han erigido sobre supuestos ideales, entonces no tienen capacidad de servir como coto a la política económica la cual es aplicable a un mundo real.
- Si es que se juzga la realidad con una política cuyos supuestos son irreales entonces esta última generará consecuencias inintencionadas sobre la realidad, la cual en este supuesto es el mercado. Por esta razón, consideramos que tenemos un argumento más en contra de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

- Un argumento que se sostiene en contra de la crítica al método científico empleado en la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio, es que los modelos que sirven de base son “simplificaciones de la realidad” en la medida que la economía es un fenómeno complejo. Sobre el particular, coincidimos en que la acción humana, el mercado o las instituciones son fenómenos complejos y corresponde realizar una simplificación para su estudio. Sin embargo, una cuestión es simplificar la realidad y otra muy distinta es distorsionarla. Lo que hace la teoría de la eficiencia de Pareto es distorsionarla. Esta distorsión es grave porque suprime aspectos básicos del fenómeno real económico, los cuales permiten comprender el funcionamiento del mercado de manera adecuada y, en consecuencia, permiten establecer políticas económicas correctas: A continuación, listamos los principales aspectos distorsionados por la teoría que sustenta la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio:

(i) Lo primero que se le debe exigir a una teoría es que sea consistente o congruente dentro de sus propios términos. Sin embargo, hemos demostrado que no existe congruencia lógica entre la existencia de un mercado en competencia perfecta y el mismo en monopolio. Ello sobre la base de que no es posible que exista una demanda perfectamente elástica en el mercado en competencia perfecta y que cuando este se torne en un monopolio la demanda tenga pendiente negativa. Si la demanda tiene pendiente negativa, debe tenerla en los dos mercados. No es correcto señalar que la demanda en un mercado en competencia perfecta sea perfectamente inelástica porque si los ofertantes sacan un producto para la venta, la curva de demanda se va a mover necesariamente, por lo que no es correcto que la demanda tenga pendiente constante. Tendrá muy poca pendiente pero tendrá. Esto genera que, en sentido estricto, en ambos modelos de mercado debiera generarse pérdida de eficiencia social o ambos debieran ser eficientes en el sentido de Pareto.

(ii) El mercado en la teoría bajo crítica se estudia a partir de un modelo de hombre llamado “homo economicus”. Para este hombre, los fines y medios en el mercado están dados y sus necesidades (conocidas de antemano) son satisfechas mediante una operación matemática. Sin embargo, hombre más que asignar medios dados a fines dados, lo que realmente hace es buscar constantemente nuevos fines y medios, aprendiendo del pasado y usando su imaginación y juicio para descubrir y crear (mediante la acción) el futuro. El hombre real actúa en un entorno de fines y medios aún no descubiertos en un proceso dinámico de mercado. Además, el

modelo de hombre real cuenta con un factor adicional: el hombre al actuar con la finalidad de satisfacer sus necesidades, va aprendiendo de su pasado según sus propias percepciones. Este enfoque es realista porque reconoce la subjetividad e inestabilidad de las preferencias o fines y no asume o precisa lo contrario.

(iii) La teoría bajo crítica asume que el hombre cuenta con conocimiento perfecto. El conocimiento perfecto es una asunción que permite que el modelo de competencia perfecta puede funcionar. Esta asunción significa que el hombre conoce cuáles son sus preferencias y los medios para alcanzarlas a la perfección. Implica que conoce todas sus posibilidades de acción tanto en el presente como en el futuro. Asimismo, que conoce todas las consecuencias de su acción. Sin embargo, en el mundo real, los agentes económicos no tienen dicho conocimiento. Por el contrario, el problema económico está más relacionado con la pregunta, ¿cómo el hombre puede actuar de la manera más eficientemente posible dado que su conocimiento es imperfecto respecto de (i) los hechos actuales (de hecho el hombre incluso no sabe lo que no sabe), (ii) las consecuencias de su acción y las de otros agentes económicos? Si en el mercado real existe información imperfecta, entonces la posibilidad de error es inherente a la acción humana o empresarial. Este reconocimiento genera implicancias importantes en la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio: Si el error es inherente a la acción humana, entonces ¿Puede tener la agencia de competencia sancionar ex post una conducta empresarial cuando los resultados de la misma no eran conocibles por el agente (ni por nadie)?

(iv) Mundo estático vs. Mundo dinámico: En los modelos de equilibrio de competencia perfecta y monopolio, todas las transacciones entre productores y consumidores ya se realizaron llegando a un precio de equilibrio en donde se maximiza el bienestar social para el caso de competencia perfecta y el beneficio de la empresa para el caso del modelo de monopolio. Al representar una situación en donde todas las transacciones ya se realizaron, los modelos en cuestión no admiten la existencia del tiempo dado que el mercado se encuentra en equilibrio. En efecto, estos modelos implican una sociedad momentánea, un universo de acción que efectivamente existe solamente por un momento en un sistema sin tiempo. Por eso el criterio de eficiencia de Pareto es uno de carácter estático. A diferencia de los modelos de equilibrio, en el mercado real los medios y fines de los individuos no

están dados sino que, como hemos apuntado antes, deben descubrirse en un continuo proceso de ensayo y error denominado mercado. Por ello, la coordinación de los distintos planes individuales de los agentes no es y no puede ser automática o instantánea, sino que debe forjarse a través de un proceso de aprendizaje, de adquisición de conocimiento y de sucesivos ajustes. Aun así, también puede que la plena coordinación en el mercado nunca se logre. Esta es la razón, por ejemplo, por la cual los empresarios están incesantemente sacando nuevos productos e innovando en el mercado o por la cual algunos están desperdiciando los recursos escasos. En ese orden de ideas, uno de los problemas del modelo de mercado en competencia perfecta es que solo explica el cálculo final que resultaría de la decisión del homo economicus, en el equilibrio donde se produce una asignación eficiente de recursos desde un punto de vista estático, pero no explica el proceso de decisión respecto de qué acción debe realizarse a efectos de coordinar los distintos planes. Ello implica que el mercado en competencia perfecta omite explicar o tratar este proceso dinámico de aprendizaje y ajuste. Es decir, omite el estudio de cómo se llega o intenta llegar a dicha coordinación. En conclusión, no resulta adecuado emplear como criterio normativo un modelo de mercado basado en un ideal de eficiencia estática y en precios para juzgar un mercado que presenta características dinámicas porque precisamente se deja de lado el proceso que permite llegar a una verdadera coordinación en el mercado. Metodológicamente, lo correcto, si es que se va a medir el desempeño de un mercado dinámico, es emplear un criterio de eficiencia dinámica como el que plantearemos en este punto. El problema es que la agencia de competencia al juzgar la realidad dinámica con un criterio estático no tiene una visión completa del mercado y prejuzga conductas que pueden ser eficientes desde un punto de vista dinámico.

(v) Precios dados vs. Precios esperados. En los modelos de equilibrio, los precios se encuentran dados. Asimismo, en competencia perfecta, los agentes son meros tomadores de un precio. Esto es, nadie tiene la capacidad de influir en el precio. Así, para la teoría de la eficiencia de Pareto, lo relevante son los precios dados y, en particular, el precio de equilibrio. De hecho, el criterio preponderante para analizar si un mercado se desempeña de manera ineficiente es el precio. Esta perspectiva estática pierde de vista un aspecto sumamente clave: el sistema de formación de los precios. En efecto, la teoría de la eficiencia de Pareto y, en particular, la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio no consideran que para que

existan los precios en el mercado, ha existido un proceso en el mercado a través del cual se han formado estos precios y que permiten la coordinación de planes en el mercado. El sistema en cuestión toma en consideración los precios esperados o futuros que son subjetivos y desconocidos, y no los precios históricos. Sin embargo, la agencia de competencia no toma en consideración que por los precios futuros desde un punto de vista empresarial sino los precios pasados. Esto hace que la política de regulación de conductas de abuso de posición de dominio distorsione el mercado toda vez que se basa en un paradigma que se encuentra en otro episodio temporal.

(vi) Los beneficios empresariales.- La regulación bajo crítica toma como modelo uno donde los precios son igual a los costos (modelo de competencia perfecta). Sin embargo, en el mercado real sí existen los beneficios empresariales y estos cumplen una función en el mercado. De hecho, un mercado en el que los precios son iguales a los costes no es un mercado de cero beneficios sino es uno de pérdidas. En efecto, estas pérdidas pueden darse en la medida que pudo haber sido más rentable dedicar factores productivos en otra industria. Lo cierto es que si las empresas han logrado colocar sus productos aún en un entorno con pocos agentes económicos (o con agentes excluidos) y a precios por encima del equilibrio, ello quiere decir que están creando valor en el mercado por lo que este beneficio empresarial no tiene porqué ser proscrito.

(vii) La función empresarial.- En los modelos de competencia, donde todos los recursos se encuentran dados, las preferencias son conocidas de manera perfecta y los agentes son meros tomadores de precio, la coordinación de los distintos planes es automática. Más aún, la función de producción óptima de las empresas en el mercado se puede calcular mediante una operación matemática y así hallar el punto de equilibrio. En este modelo, la figura del empresario es totalmente inútil pues sería en el mejor de los casos un mero registrador de las preferencias de los consumidores. Es decir, la regulación de las conductas de abuso de dominio, la cual tiene por objeto establecer restricciones a las actuaciones empresariales, se sustenta en una teoría en la que la empresarialidad o la función empresarial no existen. En el mercado real la coordinación no es automática sino que debe descubrirse en un proceso dinámico de ajuste denominado mercado. Esta coordinación se produce gracias a la función empresarial o empresarialidad. Como ejemplo, es la función

empresarial la que genera que el mercado no esté determinado por los recursos dados (por ejemplo, las reservas de petróleo) como en el mercado de competencia perfecta, sino por el conocimiento humano empresarial (el descubrimiento, por ejemplo, de un carburador que duplique la eficiencia de los motores de explosión tiene el mismo efecto económico que una duplicación del total de reservas físicas de petróleo). La función empresarial permite al hombre actuar en un entorno real donde los medios y fines no están dados o donde existe ignorancia sobre los hechos actuales y futuros. La regulación de abuso de posición de dominio, sin embargo, no toma en cuenta este hecho por lo que sus prescripciones, al pasar por alto el fenómeno, muchas veces atentan contra la propia función empresarial impidiendo que los agentes económicos puedan coordinar sus planes.

(viii) Sin competencia.- En los modelos en competencia perfecta todas las transacciones se han dado y, en consecuencia, ya no existe competencia o esta ya se acabó. Siendo así, ¿Cómo una política que tiene como paradigma un modelo donde no hay competencia puede dictar medidas que favorezcan el proceso competitivo? En tanto que el mercado real implica un proceso en el cual los agentes deben actuar a fin de coordinar los distintos planes de los agentes, la rivalidad o competencia sí es un factor clave cuya definición dista del modelo de competencia estática que sustenta la Teoría de la eficiencia de Pareto. En efecto, en la medida que una demanda específica de un consumidor solo puede ser atendida una sola vez por una empresa, la oportunidad de ganancia relacionada con esta coordinación solo pueden ser aprovechada por una empresa. Ello implica que las empresas deben pugnar con sus pares constantemente por atender a los consumidores de la mejor manera, en un proceso dinámico y de incertidumbre inerradicable, a fin de descubrir las oportunidades de ganancia, lo cual se traduce en el hecho de que las empresas se encuentran en un proceso constante de ensayo y error respecto de cómo emplear mejor sus factores productivos y cómo leer mejor las necesidades de los consumidores en comparación con sus competidores. Las empresas que mejor hagan estas dos actividades, serán las que mejor éxito tengan y probablemente la que logren más poder de mercado. Lo más importante es que este proceso de rivalidad nunca termina. Esta definición de competencia dista de la competencia como concepto perteneciente a la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

- Considerando un nuevo enfoque metodológico y epistemológico, planteamos un nuevo modelo de mercado. Desde esta perspectiva, consideramos al mercado como un proceso en donde, a pesar de la incertidumbre inerradicable y posibilidad de error, los individuos logran coordinar sus distintos planes individuales en un proceso dinámico de competencia. Esta coordinación es lograda a través de un proceso de descubrimiento de oportunidades de ganancia, las cuales se obtienen en la medida que los empresarios puedan descubrir cuáles son las demandas de los consumidores que se deben satisfacer. Es un proceso de aprendizaje (o ensayo y error) de cómo combinar factores productivos y descubrir a qué precios ofrecerlos. La única manera de demostrar científicamente que el empresario ha tenido éxito asignando adecuadamente estos recursos es *ex post*, en la medida que los consumidores hayan visto satisfechos o coordinados sus planes. A diferencia, cuando la agencia de competencia enfrenta un caso de abuso de posición de dominio, parte de la asunción de que está en capacidad de poder asignar los recursos de manera *ex ante* de manera más eficiente que la empresa y, además, fuera de un proceso competitivo, gracias a una simple operación racional de carácter estático. Sin embargo, no toma en cuenta que el mercado es un proceso dinámico de ensayo y error de descubrimiento de cómo coordinar los distintos planes individuales y que no existe mente humana capaz de descubrir *ex ante* y de manera científica como satisfacer las distintas demandas de los consumidores.

Desde este enfoque, no se pueden sancionar las llamadas conductas de abuso de posición de dominio y tampoco la posición de dominio puede ser visto como una justificación para restringir determinadas conductas empresariales. Ciertamente, la posición de dominio es un reflejo de que el agente empresarial ha tenido éxito coordinando los diversos planes de los consumidores. Las conductas que este realice no pueden ser vistas como restricciones a la competencia sino como intentos de coordinar esa demanda en un proceso de ensayo y error. Dentro de este enfoque, el número de agentes en el mercado no tiene nada que ver con el proceso competitivo. Un mercado con dos o tres agentes puede ser tan competitivo o más que uno con varios agentes.

- La falta de reglas claras para sancionar una conducta de abuso de posición de dominio parte de la idea de que la agencia de competencia puede analizar desde un punto de vista objetivo estas conductas. Sin embargo, ello no es posible y genera más bien incertidumbre en el mercado, distorsiona el sistema de precios y de derechos de propiedad, desincentivando que los agentes incurran en prácticas que pueden ser beneficiosas para los consumidores.

- Desde un punto de vista histórico, toda la legislación de libre competencia tiene como antecedente la dación de la Sherman Act en 1890. De esta manera, el antecedente histórico legislativo de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio también es la mencionada norma. Se ha demostrado que la emisión de esta norma respondió a presiones de grupo de interés en el mercado que no podían competir contra un conjunto de empresas que lograron eficiencia relacionadas con altas economías de escala. Una de las justificaciones empleadas por los congresistas para la emisión de dicha norma era que las empresas con gran poder de mercado estaban reduciendo producción y aumentando los precios (esto es, estaban causando una mala asignación de recursos. Sin embargo, se la data económica de la época demuestra que estas empresas acusadas de abusar de su posición en el mercado ampliaron la producción en los sectores en los que estaban presentes. Asimismo, existe evidencia de que los precios se redujeron significativamente debido a las economías de escala logradas. Finalmente, muestro alguna evidencia de que los congresistas norteamericanos reconocían que no contaban con evidencia empírica, en esa época, que sustente la emisión de la Sherman Act. Con todo ello, concluimos que la emisión de esta norma fue un acto mercantilista de determinado grupo de interés. Esto es, desde un punto de vista histórico-legislativo no se sustenta el mantener hoy en día la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio.

* * *

BIBLIOGRAFÍA

1. Armentano, D T. (2001). Antitrust: The Case for Repeal [Libre Competencia: Un Caso para Derogar] (2a ed.). Auburn: The Ludwig von Mises Institute.
2. Armentano, D. T. (1988). Rothbardian Monopoly Theory and Antitrust Policy [La Teoría Rothbardiana de Monopolio y la Política de Libre Competencia]. En: Block W. (Ed.) Man, Economy and Liberty, Essays in Honor of Murray Rothbard (pp. 3-11). Alabama: The Ludwig von Mises Institute.
3. Armentano, D. T. (1994). The Failure of Antitrust Policy [La Equivocación de la Política de Libre Competencia]. En: The Freeman: Ideas on Liberty. Recuperado de: <http://www.utdallas.edu/~plewin/TheFoundationforEconomicEducationonanti-trust.pdf>
4. Armentano, D. T. (1996). Antitrust and Monopoly, Anatomy of a Policy Failure [Libre Competencia y Monopolio, Anatomía de una Política Equivocada] (2a ed.). California: The Independent Institute.
5. Arosemena-Romero, M. (2005). El Abuso de Posición Dominante desde el Derecho Europeo de la Competencia: Una aproximación para las compañías ecuatorianas. Artículos destacados Romero Menendez.
6. Arrow, K. J. y Hahn, F. H. (1977). Análisis General Competitivo. Madrid: Fondo de Cultura Económica., R. H. (1993). The Antitrust Paradox. A policy at War with Itself [La Paradoja de Libre Competencia: una Política en Guerra consigo misma]. New York: The Free Press.
7. Bain, J. S. (1951). Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936–1940 [La Relación de la Tasa de Beneficio y la Concentración de la Industria: Producción Americana 1936-1940]. The Quarterly Journal of Economics (65 (3)), 293-324. Recuperado de: <http://qje.oxfordjournals.org/content/65/3/293.full.pdf>
8. Bain, J. S. (1956). Barriers to New Competition. The Yale Law Journal (Vol. 66, 4), 634-636.

9. Baumol, W. Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industrial Structure citado por Quintana, E. (2003) ¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de las Telecomunicaciones? *Ius et veritas* (27), 95-124.
10. Bentata, P. (2009). Replacing Neoclassical Maximization in the Realm of Human Action [Reemplazando la Maximización Neoclásica en el Ámbito de la Acción Humana]. *Cae Working Papers*. Recuperado de: http://junon.u-3mrs.fr/afa10w21/RePEc/cgm/wpaper/DR_63_0910.Bentata.pdf
11. Bentata, P. (2009). Replacing Neoclassical Maximization in the Realm of Human Action [Reemplazando la Maximización Neoclásica en el Ámbito de la Acción Humana]. *Cae Working Papers*. Recuperado de: http://junon.u-3mrs.fr/afa10w21/RePEc/cgm/wpaper/DR_63_0910.Bentata.pdf
12. Boettke, P. (1995). Why there are not Austrian Socialist? Ideology, Science and Austrian school [¿Por qué no hay austriacos socialistas? Ideología, ciencia y escuela austriaca]. *Journal of the History of Economic Thought* (17), 35-56.
13. Boettke, P. (1997). Where did Economist Go Wrong? [¿Dónde se equivocaron los economistas?]. *Critical Review*, Vol. 11 (1), 11-64.
14. Boettke, P. and Fink A. (2011). Institutions First [Las Instituciones Primero]. *Journal of Institutional Economics*, Vol. 7 (4), 499-504. Cambridge: Cambridge University Press.
15. Boettke, P. J. (1996). What is wrong with Neoclassical Economics (and What is Still Wrong with Austrian Economics) [Lo que está mal con la economía neoclásica (y sigue mal con la economía austriaca)]. En: Foldvary F. (Ed.), *Beyond Neoclassical Economics Heterodox Approaches to Economic Theory*, pp. 22-40, Cheltenham: Edward Elgar. Recuperado de: <http://ssrn.com/abstract=1530995>
16. Bork, R. H. (1967). The Goals of antitrust Policy. *American Economic Association* (Vol. 57, 2), 242-253. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/1821625>.
17. Bradley, R. L. Jr. (1990). On the Origins of Sherman Antitrust Act [Sobre los Orígenes de la Sherman Act]. *Cato Journal*, Vol 9 (3), 737-742.

18. Brozen, Y. (1974). Concentration and Profits: Does Concentration Matter? [Concentración y Beneficio: ¿Importa la concentración?]. *Antitrust Bulletin* (19), 381–399.
19. Buchanan, J. (1979) What Economists Should Do? [¿Qué deberían hacer los economistas?]. Indianapolis: Liberty Press.
20. Bullard, A. (2009). *Derecho y Economía* (2ª ed.). Lima: Palestra Editores.
21. Bullard, A.; Haro, J. J.; García, J.; y Gagliuffi, I. (2007). Mesa Redonda: Límites a la Aplicación de las Políticas de Libre Competencia. *Revista Derecho & Sociedad* (28).
22. Cabanellas de las Cuevas, G. (2005). *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Heliasta.
23. Cáceres Freyre, F. (2008). El Porqué de la Política de Libre Competencia. *Derecho & Sociedad* (19).
24. Cachanosky, J. C. (1985). La Ciencia Económica vs. La Economía Matemática (I). *Revista Libertas* (3).
25. Cachanosky, J. C. (1994) Certidumbre, Incertidumbre y Eficiencia Económica. *Laizzez Faire* 36, 30-41.
26. Cachanosky, J. C. (1995). Eficiencia Económica y Sistemas Jurídicos. *Revista Facultad de Derecho* (21). Recuperado de: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rvfacde8&div=8&id=&page=>
27. Cachanosky, J. C. (1996). La Ciencia Económica VS. La Economía Matemática (II). *Revista Libertas* (4).
28. Cachanosky, J. C. (2000). Las Decisiones Empresariales y las Predicciones en Economía. *Revista Libertas* (32).
29. Caldwell, B. (1980a). Positivist Philosophy of Science and the Methodology of Economics [Filosofía Positivista de la Ciencia y la Metodología de la Economía].

Journal of Economic Issues, 14, (1), 53-76. Recuperado de:
<http://www.jstor.org/stable/4224897>.

30. Caldwell, B. (1980b). A Critique of Friedman's Methodological Instrumentalism [Una crítica al instrumentalismo metodológico de Friedman]. Southern Economic Journal, 47, (No. 2), 366-374. Recuperado de:
<http://public.econ.duke.edu/~bjc18/docs/Critique%20of%20Friedman's%20Instrumentalism.pdf>
31. Caldwell, B. (1990). Does methodology matter? How should it be practice? [¿La Metodología Importa? ¿Cómo debe ser practicada?]. Finnish Economic Papers (Vol. 3, 1), 64- 71.
32. Calzada, G. (2006). Competencia y Monopolio. Recuperado de:
<http://www.liberalismo.org/articulo/412/12/competencia/monopolio/>
33. Carlton, D. W. and Perloff, J. M. (1994). Modern Industrial Organization (4a ed.) [Organización Industrial Moderna]. Nueva York: Pearson.
34. Chávez Huiñape S. (2007). Evolución y Desafíos del Derecho de la Competencia, Entrevista a Joselyn Olaechea Flores. Derecho y Sociedad (28), 28 - 33.
35. Coloma, G. (2002). Apuntes de Organización Industrial (Parte 1). Buenos Aires: Universidad de Cema.
36. Coloma, G.; Chambouleyron, A.; Valquez, C. S.; Cont, W.; Navajas, F.; Petrecolla, D. y Bidart, M. (2006). Progresos en Organización Industrial (1ª ed.). Buenos Aires: Grupo Editorial.
37. Competition Guidance. Federal Trade Commission. Recuperado de:
<http://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/price-discrimination-robinson-patman>
38. Conrath, C. W. (1998). Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición. Bogotá: Superintendencia de industria y Comercio.
39. Cooter, R. y Ulen, T. (1998). Derecho y Economía. México DF: Fondo de Cultura Económica.

40. Coyne, C. J. y Boettke, P. J. (2006). The Role of the Economics in Economic Development [El Rol de los Economistas en el Desarrollo Económico]. *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 9. (2), 47-69.
41. Crespo, R. F. (1998). La Crisis del Modelo Neoclásico. *Económica*, vol. Vol. XLIV, 1 - 2. Recuperado de: http://economica.econo.unlp.edu.ar/documentos/20090213103535AM_Economica_417.pdf
42. Crespo, R. F. (2004). La Epistemología de las Ciencias y de la Economía según John Maynard Keynes. Reunión anual de la Asociación Argentina de Economía Política. Buenos Aires.
43. De la Garza Garza, O. J. y Arteaga García, J. C. (2011). Análisis de la competencia en la industria cementera en México. *EconoQuantum* (Vol. 8, 1-2). Recuperado de: http://econoquantum.cucea.udg.mx/volumen_8_num_1/art_4_vol_8_num_1.pdf
44. Demsetz, H. (1973). Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy [Estructura de la Industria, rivalidad de Mercado y Política Pública]. *Journal of Law and Economics* (16), 1-10.
45. Dilorenzo, T. (1983). Antitrust Policy: Reform or Repeal? [Política de Libre Competencia: Reforma o Derogación] *Cato Institute Policy Analysis* (21). Washington: Cato Institute. Recuperado de: <https://mises.org/files/antitrust-case-repeal2pdf/download?token=eaBYHJKQ>
46. Dilorenzo, T. (1985). The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective. *International Review of Law and Economics* (5), 72-90. Recuperado de: <http://mason.gmu.edu/~trustici/LAW108/The%20Origins%20of%20Antitrust-%20An%20Interest%20Group%20Perspective.pdf>.
47. Dilorenzo, T. J. (1987). The Rethoric of Antitrust. *Society*, Vol No. 24 (6), 43-46.
48. European Commission (2002). Glossary of Terms Used in EU Competition Policy. Antitrust and Control of Concentrations [Glosario de Términos usados en la Política de Competencia Europea. Libre Competencia y Control de Concentraciones].

49. Fernández-Baca, J. (2006). *La Organización Industrial* (1a ed.). Lima: Universidad del Pacífico, Centro de Investigación.
50. Figari, H., Gomez, H. y Zuñiga, M. (2005). *Hacia una Metodología para la Definición del Mercado Relevante y la Determinación de la Existencia de Posición de Dominio*. *Revista de Competencia y Propiedad Intelectual*. Recuperado de: <http://servicio.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2005/HFigari%20HGomez%20MZuniga.pdf>
51. Flint, P. (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Estudio exegético del D.L. 701* (1ª ed.). Lima: Fondo Editorial.
52. Friedman, M. (1986). *El Método de la Economía Positiva*. Hahn, F. y Hollis M. (comp.) *Filosofía y Teoría Económica*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
53. Gómez López, R. (2004). *Evolución Científica y Metodológica de la Economía*. Recuperado de: <http://www.eumed.net/coursecon/libreria/rgl-evol/3.2.htm>
54. Harberger, A. C. (1954). *Monopoly and Resource Allocation [Monopolio y Asignación de Recursos]*. *The American Economic Review*, Vol. 44 (2), 77-87. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/1818325>
55. Hayek, F. (1945). *El Uso del Conocimiento en la Sociedad*. *American Economic Review*, (XXXV, 4), 519-530.
56. Hayek, F. (2006). *Derecho, Legislación y Libertad*. Madrid: Unión Editorial.
57. Hazlitt, H. (2011). *Economía en una Lección* (7ª ed.). Madrid: Unión Editorial.
58. Hovenkamp, H. (2005). *Antitrust [Libre Competencia]* (5a ed.). Minnesota: West Publishing Black Letter Series.
59. http://www.bccr.fi.cr/investigacioneseconomicas/sistemafinanciero/Analisis_mercados_estrategias_bancarias.pdf
60. Huerta de Soto, J. (1990). *Método y Crisis en la Ciencia Económica*. *Revista Libertas* (12).

61. Huerta de Soto, J. (2000). El Methodenstreit, o el Enfoque Austriaco frente al Enfoque Neoclásico de Economía. En: Huerta de Soto, J. Nuevos Estudios de Economía Política (21-71). Madrid: Unión Editorial.
62. Huerta de Soto, J. (2000). Nuevos Estudios de Economía Política. Madrid: Unión Editorial.
63. Huerta de Soto, J. (2004). Estudios de Economía Política. Madrid: Unión Editorial.
64. Huerta de Soto, J. (2010). La Teoría de la Eficiencia Dinámica. Recuperado de: <http://www.jesushuertadesoto.com/articulos/articulos-en-espanol/eficiencia-dinamica/6-conclusiones/>
65. Huerta de Soto, J. (2011). Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial (4ª ed.). Madrid: Unión Editorial.
66. Huerta de Soto, J. (2012). Epistemología de la Escuela Austriaca. Clase de Fundamentos de la Economía 1. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos.
67. Ikeda, S. (1994). Market Process [Proceso de Mercado]. En: Boettke P. (Ed.), The Elgar Companion to Austrian Economics. New York: Edward Elgar Publishing Limited.
68. Jaramillo, A. (2010). La Escuela Austriaca de Economía. Una nota introductoria. Ecos de Economía, Vol. 14 (30), 70-98. Recuperado de: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ecos-economia/article/view/180/196>
69. Kirzner I. M. (1986) El Empresario. En: Huerta de Soto, J. (Comp.). Lecturas de Economía Política, Vol. I. Madrid: Unión Editorial. Recuperado de: http://www.eumed.net/coursecon/textos/Kirzner_empresa.pdf
70. Kirzner, I. M. (1973) Competition and Entrepreneurship. Chicago: The Chicago University Press.
71. Levy, Robert A (2004). Shakedown: How Corporations, Government, and Trial Lawyers abuse the Judicial Process [Chantaje: Cómo las Corporaciones, el Gobierno y los Abogados Litigantes Abusan del Proceso Judicial]. Washington: Cato Institute, Washington.

72. Long, R. T. (2006). Realism and Abstraction in Economics: Aristotle and Mises versus Friedman [Realismo y Abstracción en Economía: Aristóteles y Mises versus Friedman]. *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, Vol. 9 (3), 3-23.
73. Machovec, F. M. (1995). *Perfect Competition and the Transformation of Economics* [Competencia Perfecta y la Transformación de la Economía]. London: Routledge.
74. Madison G. B. (1994). *Phenomenology and Economics* [Fenomenología y Economía]. En: Boettke P. (Ed.), *The Elgar Companion to Austrian Economics*. New York: Edward Elgar Publishing Limited.
75. Mankiw, G. N. (2002). *Principios de Economía* (2a ed.). México DF: McGraw Hill, México D.F.
76. Martín Navarro, A. (2003). El Pensamiento de Mark Blaug en cuanto a la Comprobación Empírica de las Teorías Económicas. Recuperado de: http://www.a-navarro.com.ar/Papers/blaug2_2003.pdf
77. Martínez-Meseguer, C. (2012). *La Teoría Evolutiva de las Instituciones*. Madrid: Unión Editorial.
78. Menger, C. (1985). *Principios de Economía Política*. Barcelona: Orbis.
79. Mises, L. (2007a). *Política Económica (Lecciones sobre el Capitalismo)* (2ª ed.). Madrid: Unión Editorial.
80. Mises, L. (2007b). *La Acción Humana* (7ª ed.). Madrid: Unión Editorial.
81. Mises, L. (2010). *Teoría e Historia* (1ª ed.). Madrid: Unión Editorial.
82. Morgensten citado por Boettke, P. J. (1996). What is wrong with Neoclassical Economics (and What is Still Wrong with Austrian Economics) [Lo que está mal con la economía neoclásica (y sigue mal con la economía austriaca)]. En: Foldvary F. (Ed.), *Beyond Neoclassical Economics Heterodox Approaches to Economic Theory*, pp. 22-40, Cheltenham: Edward Elgar. Recuperado de: <http://ssm.com/abstract=1530995>

83. Muñiz Salas, E (1997). Análisis de Mercados y Estrategias Bancarias. Departamento de Investigaciones Académicas. Recuperado de:
84. O'Driscoll Jr. y Hoskins, L. (2006). Derechos de propiedad: La Clave del desarrollo económico. Washington: Cato Institute. Recuperado de: <http://www.elcato.org/publicaciones/ensayos/ens-2006-04-05.pdf>
85. O'Driscoll Jr. y Hoskins, L. (2006). The Case for Market-Base Regulation [El Caso de una Regulación Basada en el Mercado]. Cato Journal, Vol. 26 (3), 469-487. Recuperado de: <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2006/11/cj26n3-4.pdf>
86. O'Driscoll Jr., G. P. y Rizzo, M. J. (2009). La Economía del Tiempo y la Ignorancia. Madrid: Unión Editorial.
87. OECD. (2011). Herramientas para la Evaluación de la Competencia (Vol. 1 y Vol. 2).
88. Orbach, Barak. (2013). How Antitrust Lost its Goal. 81 Fordham. Law Review 2253, 13-05. Recuperado de: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/6>
89. Ordoñez, J. M. (2009). Aspectos económicos del funcionamiento del mercado. Sevilla: Agencia de la Competencia de Andalucía (Ed.). Recuperado de: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Aspectos%20Econ%C3%B3micos%20del%20funcionamiento%20competitivo%20de%20los%20mercados.%20Volumen%20I.pdf>
90. Osiptel (2014). Competencia y Regulación. 20 años de Jurisprudencia. Recuperado de: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/20a-jurisprudencia/20a_jurisprudecia.html#4
91. Pipes, R. Propiedad y Libertad. (2002). México DF: Fundación Friedrich Naumann. Recuperado de: www.hacer.org/pdf/pipes00.pdf
92. Posner, R. A. (1975). The Social Cost of Monopoly [el Costo Social del Monopolio]. The Journal of Political Economy (Vol 83, No. 4). Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/1830401>.

93. Quintana, E. (2003). ¿Es la Política de Competencia Supletoria de la Regulación de las Telecomunicaciones? *Ius et veritas* (27), 95-124.
94. Ravier, A. (2011). La Utilidad Marginal y la Determinación del Precio en la Escuela Austriaca. Punto de Vista Económico. Recuperado de: <https://puntodevistaeconomico.wordpress.com/2011/12/07/utilidad-marginal-y-determinacion-del-precio-en-la-escuela-austriaca/>
95. Read, L. I, Pencil: My Family Tree as told to Leonard Read [Yo, el lápiz: Mi árbol familiar contado a Leonard Read]. Recuperado de: <http://www.econlib.org/library/Essays/rdPnc11.html>
96. Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía y Finanzas (2008).
97. Reisman, G. (1991). Platonic Competition [Competencia Platónica]. Recupérate de: <http://www.capitalism.net/excerpts/1-931089-24-8.pdf>
98. Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI. (2013).
99. Ridpath J. (2005). The Philosophic Origins of Antitrust [Los Orígenes de la Libre Competencia]. En: Hull G. (Ed.). *The Abolition of Antitrust*. New Brunswick: Transaction Publisher.
100. Robles Martín-Laborda, A. (2001). *Libre Competencia y Competencia Desleal* (1ª ed). Madrid: La Ley.
101. Rockefeller, E. (2007). *La Religión del Antimonopolio*. Washington: Cato Institute.
102. Rojas Leo, J. F. (2005). El Abuso de la Posición de Dominio en el Mercado en la Legislación Nacional. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* (1), 83-110.
103. Rothbard, M. N. (2015). *Science, Technology and Government* [Ciencia, Tecnología y Gobierno] (1a ed.). Alabama: Mises Institute.

104. Salsman, R. M. (2005). The False Profits of Antitrust [Los Falsos Beneficios de la Libre Competencia]. En: Hull G. (Ed.). The Abolition of Antitrust. New Brunswick: Transaction Publisher.
105. Samuelson, P. A. y Nordhaus, W. D. (2010). Economía con Aplicaciones en Latinoamérica (19 a ed.). México DF: Editorial McGraw Hill.
106. Sarjanovic, I. A. (1989). El Mercado como Proceso: Dos Visiones Alternativas. Revista Libertas (11).
107. Sereano, E. R. (2004). El Apriorismo de Ludwig Von Mises. Revista Libertas (40). Recuperado de: http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/1_2_Scarano.pdf
108. Shackle, G. L. S. (1966). The Nature of Economic Thought. Selected papers 1955-1964 [La Naturaleza del Pensamiento Económico: Artículos Selectos 1955-1964]. Londres: Cambridge University Press.
109. Sison, Alejo G. Filosofía de la Economía (1994). Cuadernos Empresa y Humanismo (46). Navarra: Instituto Empresa y Humanismo. Recuperado de: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/3918/1/Cuaderno046.pdf>
110. Smith L., F. Jr. (1983). Why not Abolish Antitrust. Regulation, 23-33.
111. Stigler, G. (1961). The Economics of Information [La Economía de la Información]. Journal of Political Economy. Vol. 69 (3), 213-225.
112. Stigler, G. (1968). The Organization of Industry [La Organización de la Industria]. Chicago: University Of Chicago Press
113. Stiglitz, Joseph A. (2000). La Economía del Sector Público (3ª ed.). Barcelona: Antoni Boch.
114. Stordeur, E. (H). (2011). El Análisis Económico del Derecho: Una Introducción (1ª ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
115. Sullivan, T. E. y Hovenkamp, H. (1984). Antitrust Law, Policy and Procedure [Ley de Libre Competencia, Política y Procedimiento]. Virginia: The Michie Company.

116. Sykes, A. O. (1999). Externalities in Open Economy Antitrust and their Implications for International Competition Policy [Externalidades en una economía abierta de Libre Competencia y sus Implicaciones para la Competencia Internacional]. *Harvard Journal of Law and Public Policy* (23, 1), 89-96.
117. Tarjizán, J. y Paredes, R. (2001). Estructura de mercado y competencia. *Organización Industrial Para la Estrategia de las Firmas* (1ª ed.) (pp. 65-81). Santiago: Prentice Hall. Recuperado de: http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/org_indu/4.pdf.
118. Thomas J. D. (2000). *Anti-trust, Anti-truth* [Anti Cartel, Anti verdad]. Auburn: Mises.org
119. Thorelli, H. (1995). *The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition* [La Política Federal de Libre Competencia: El Inicio de una Tradición Americana]. Baltimore: The Johns Hopkins Press.
120. Thuy Anh T., Thanh Binh D. and Viet Duong N. (2014). The Structure-Conduct-Performance paradigm revisited: An empirical analysis for Vietnamese firms [El paradigma estructura conducta desempeño revisado: un análisis empírico de las empresas vietnamitas]. Recuperado de: http://www.doanbrother.com/papers2014/73_Tu%20Thuy%20Anh_Paper%20VEAM.pdf
121. Vicente Sola, J. (2006). Metodología de la economía positiva, los límites de la predicción. *Revista Libertas* (XII, 45). Recuperado de: http://www.eseade.edu.ar/files/Libertas/38_4_Metodologia%20de%20la%20economia%20positiva,%20los%20limites%20de%20la%20prediccion%20-%20Juan%20Vicente%20Sola.pdf
122. Viscusi, W. K.; Vernon, J. M.; Harrington, J. E. (1995). *Economics of Regulation and Antitrust* [La Economía de la Regulación y Libre Competencia] (2a ed.). Londres: MIT Press.
123. Watkins, T. Friedrich von Hayek y el sistema del precio. Recuperado de: <http://www.applet-magic.com/hayeksp.htm>

124. William F. B. (1977). Antitrust Law: An Economic Perspective by Richard A. Posner [La Ley de Libre Competencia: Una Perspectiva Económica por Richard A. Posner]. The Bell Journal of Economics (Vol. 8, 2), 609-619. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/3003310>.
125. Wiseman, J. (1990). General Equilibrium or Market Process: An Evaluation [Equilibrio General o Proceso de Mercado: Una Evaluación]. En: Bosch A., Koslowski P. et Veit, R. dir., General Equilibrium or Market Process, Neoclassical and Austrian Theories of Economics, 145–163.
126. Zanotti, G. J. (2009). La Economía de la Acción Humana. Un Ordenamiento Epistemológico de los teoremas de la Economía Según Mises. Madrid: Unión Editorial.

