

REAL ACADEMIA DE DOCTORES DE ESPAÑA

**POLÍTICA DE COMPETENCIA Y
REGULACIÓN**

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL
EXCMO. SR. DR. D. JOSÉ MARÍA MARÍN QUEMADA

EN LA TOMA DE POSESIÓN
COMO ACADÉMICO NUMERARIO
EL DÍA 26 DE JUNIO DE 2019

Y CONTESTACIÓN DEL ACADÉMICO
EXCMO. SR. DR. D. FERNANDO BECKER ZUAZUA



MADRID

MMXIX

ÍNDICE

1. Introducción.....	7
2. El mensaje de la historia: Pensamiento Económico sobre mercados y precios.....	12
3. Breve repaso de la normativa de competencia en España: De los acuerdos de 1953 a la trasposición de ECN+, Referencia a la normativa de competencia en la UE y al marco internacional.....	22
4. Fundamentos teóricos de competencia y regulación. La reformulación de la política de organización industrial y los nuevos retos.....	28
5. Objetivos y necesidad de la política de defensa de la competencia	39
6. Instrumentos o herramientas para la defensa de la competencia en la detección de las prácticas ilícitas y caracterización de esas prácticas.....	45
7. Sanciones a ilícitos de competencia.....	55
8. Promoción de la competencia	59
9. La arquitectura institucional del modelo español de competencia y regulación: La CNMC.	62
10. Reflexiones finales.....	66
Referencias bibliográficas.....	69
Discurso de Contestación del Académico de Número Excmo. Sr. Dr. D. Fernando Becker Zuazua.....	77

DISCURSO DE INGRESO

DEL ACADÉMICO ELECTO

EXCMO. SR. DR. D. JOSÉ MARÍA MARÍN QUEMADA

Excmo. Sr. Presidente,

Excmos. Sras. y Sres. Académicos,

Señoras y Señores.

Mis primeras palabras deben ser de sentido agradecimiento a esta Real Academia por el honor que me dispensa al haberme admitido como uno de sus miembros, y darme así la oportunidad de dedicar esta intervención a un tema que considero de notable importancia por su incidencia en lo que hemos dado en llamar bienestar social, afectado con demasiada frecuencia por los fallos del mercado y los excesos o déficits de normativa. Me refiero a la política de competencia y regulación. También me referiré a las instituciones que deben garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento de los mercados con rigor, transparencia e independencia.

1. Introducción

Hasta épocas recientes, la política económica no ha prestado demasiada atención a las llamadas políticas microeconómicas. Sin embargo, creo que ya no se discute ni su importancia, ni su influencia en la consecución de los objetivos tradicionales de empleo, estabilidad de precios, flujo de importaciones y exportaciones y, más allá, crecimiento económico y distribución de renta.

Desde principios de los setenta, esta creciente atención se ha visto impulsada en el campo concreto que nos ocupa, competencia y regulación, por el desarrollo teórico de la llamada “nueva” organización industrial, para diferenciar esta visión de las actuaciones tradicionales de los gobiernos en la ordenación de los distintos sectores industriales de un país.

Estudiar el funcionamiento del mercado y, lo que es de más interés en este trabajo, su “no funcionamiento” y las posibles recetas para su recuperación, puede resultar una tarea apasionante. También, analizar el papel de los contrapesos con que los Estados modernos establecen límites a los desajustes que se producen, parece que inevitablemente, en los mercados.

Pues bien, actuar como contrapeso es la responsabilidad de las autoridades o agencias de competencia y de regulación, independientes en su actuación de los poderes del mercado y de las tendencias a menudo desordenadas de los gobiernos.

Conviene recordar que la llamada competencia perfecta en la práctica es una rara circunstancia, por lo que se necesitan esas instituciones que, es preciso recordar, resultan altamente rentables para cualquier sistema económico. De hecho, la existencia o refuerzo de las agencias o autoridades de este tipo, debe considerarse como la decisión que implica menos costes y genera más beneficios en cualquier situación de tensión en los mercados.

Debe recordarse que las prácticas colusorias de la competencia originan distorsiones más que notables que van más allá de subidas de precios y, también, graves perjuicios a las rentas más frágiles. Esas prácticas ilícitas producen distorsiones en los costes que se transmiten a todo el sistema y multiplican los ya de por sí perniciosos efectos iniciales debidos a un monopolio, oligopolio o la práctica que sea, desde señales de precios a intercambios de información, desde concentraciones contra-mercado a regulaciones innecesarias. También, ante la existencia de ayudas de estado no regladas y los profundos desajustes que genera una contratación pública ineficiente.

Por tanto, estamos hablando de reglas o, si se prefiere, de reglas frente a discrecionalidad, y aquí aparecen estas instituciones con una innegable justificación existencial y la misión de generar confianza¹ frente a los fallos del mercado o los excesos y déficit de regulación. También para proteger a los ciudadanos de la utilización de los instrumentos y decisiones regulatorias por parte de los gobiernos como herramientas de acción política. En este sentido, conviene recordar que en cualquier sector o actividad económica, a medida que aumenta el nivel de competencia, disminuye la exigencia de regulación. Y a la inversa.

De ahí, la importancia de contar con instituciones independientes y transparentes, además de rigurosas (condiciones *sine qua non*) para contrapesar los sistemas económicos. Tampoco hay que olvidar que las expectativas racionales de Nordhaus y Tobin, o la irracionalidad en las

¹ Becker, F. (2018). *¿Regular para qué?* ICE, nº 905, pág. 13.

decisiones de los sujetos tan bien estudiadas y criticadas por Richard Thaler, no son de gran ayuda en la búsqueda de la lógica de las reacciones económicas de las personas, ni como individuos, ni como colectividad. Al contrario, todas estas aportaciones nos recuerdan las debilidades del sistema ante la fragilidad que muestra el comportamiento y, de ahí, la necesidad de contar con esos contrapesos.

Ahora bien, sobre la existencia de las agencias o instituciones de supervisión y de competencia, no deberían esperarse hoy dudas fundadas, pero varios debates² nos recuerdan que esto puede no ser así, a pesar de las soluciones que pueden surgir desde la política de competencia en favor de los nuevos y serios desafíos del mercado, por lo que uno de los objetivos de este trabajo es, precisamente, defender la imperiosa necesidad de su existencia y adaptación al momento actual. En este sentido, basta citar los cambios tecnológicos, la digitalización de la economía tradicional y la irrupción imparable de la economía digital, desafíos todos ellos a los que hay que dar respuestas dinámicas y ordenar a favor del interés general.

La política de competencia y de regulación se enfrenta en el entorno digital a una serie de retos a los que necesariamente debe dar respuesta. Además, esa respuesta tiene que ser rápida ya que la velocidad de implantación de los cambios, así lo exige.

El reciente informe Furman³ advierte de estos cambios que pueden ser necesarios. Ciertamente, están apareciendo y consolidando su presencia pocos pero grandes operadores digitales, se extiende la presencia de las redes sociales, del comercio electrónico y las concentraciones entre macroempresas. Esas concentraciones lo son ahora entre grandes conglomerados empresariales que pretenden alcanzar un tamaño aún mayor, destinado a ocupar una parcela del mercado con tamaño muy superior al conocido hasta el momento.

Por todo ello, la normativa tradicional debe ajustarse a la nueva realidad. También deben hacerlo las agencias o autoridades de competencia, que

² Pascual, C. (2018). *Los beneficios sociales de la competencia y su defensa*. ICE, N° 905.

³ Furman, J. y otros (2019). *Unlocking digital competition*. Informe encargado por el Gobierno británico. OGL

precisan reconocer los nuevos desafíos y enfrentarse a ellos con decisiones que en ocasiones pueden ser distintas a las empleadas en el pasado, pero reconociendo al mismo tiempo los importantes beneficios que reciben el consumidor y las empresas al disponer de nuevos canales de acceso a bienes y servicios a los que de otra forma no hubieran podido llegar.

Computación en la nube, plataformas, comparadores de ofertas, etc., eran inimaginables hasta hace bien poco y ahora juegan un papel más que importante en la definición y funcionamiento de los mercados.

Pero no es menos cierto que los fundamentos de las políticas públicas y el funcionamiento de las instituciones que tienen la misión de regular, supervisar y garantizar los mercados, continúan manteniendo su esencia y la imprescindible necesidad de su existencia. También sus instrumentos. Todo ello, naturalmente con la adaptación a unas realidades distintas pero que deben calificarse globalmente como mejores y generadoras de mayor bienestar.

De ahí el posible interés de este trabajo que pretende ayudar a transitar por esas reflexiones aportando información sobre el camino recorrido, el instrumental disponible y los fines que deben guiar la política de competencia y regulación.

Adicionalmente y en referencia a España, es necesario recordar que en algunos mercados tenemos una estructura económica e institucional joven. Apenas hace treinta años que el Estado abandonó la propiedad de muchas empresas públicas que operaban como monopolios legales. Han pasado poco más de veinte años desde que se liberalizaron las telecomunicaciones. Solo han transcurrido doce años desde que se aprobó una ley de defensa de la competencia comparable a la de los países de la OCDE y de la UE. La arquitectura institucional de la supervisión, regulación y competencia también es muy reciente. Todo ese entramado requiere de tiempo para consolidarse en efectividad, en rigor y en independencia.

Y una nota final en esta introducción. Competencia y regulación son los dos lados de una misma realidad, que deben estar coordinados y muy próximos. Si bien en este trabajo, por exigencias de espacio, se presta especial atención a los organismos con mandato en la aplicación de la política de competencia y muy especialmente a las imperfecciones e ilícitos

de competencia, todo lo aquí indicado tiene aplicación para la regulación y supervisión regulatoria. Ambas cuestiones se funden cada día más como una función ex ante y ex post para procurar el adecuado funcionamiento de los mercados y la eliminación de las imperfecciones en los mismos, para lo que la calidad de su funcionamiento⁴ es exigencia fundamental. Debe siempre recordarse que al servicio del interés general. Me refiero muy especialmente a las telecomunicaciones, a la energía, al sector audiovisual y a los transportes, ejes de la economía de cualquier sociedad.

⁴ García-Verdugo, J. (2015). *El diseño institucional de la CNMC. Análisis crítico y propuestas de reforma*. Papeles de Economía Española, pág. 32 y ss. En este trabajo se exponen diversos criterios para valorar las instituciones de competencia y regulación.

2. El mensaje de la historia: Pensamiento Económico sobre mercados y precios

Los mercados no se ajustan por sí solos y esto parece que viene ocurriendo desde siempre. En consecuencia, la determinación de los precios y la intervención sobre los mismos, también ha sido objeto de discusión constante y de una controversia viva.

La ética en la formación de precios, aparece ya en Aristóteles en torno a la conocida diferenciación entre el valor de uso y el valor de cambio, que le condujo al análisis elemental de los mecanismos de ajuste del mercado y de ahí, al caso del monopolio, que definió en Política I y Ética V, como la posición que alcanza un solo vendedor, situación que condenaba por considerarla injusta⁵.

Sigamos volviendo la vista atrás, a la Escuela de Salamanca en el siglo XVI. Al igual que sucede con un conjunto de conceptos macroeconómicos, entre ellos la teoría cuantitativa del dinero que empezó a estructurarse por entonces, hay determinados planteamientos de aquella época que subyacen aún en las reglas del mercado. Naturalmente, esas mismas reflexiones ahora nos parecen distintas, pero su fundamentación la encontramos ya en aquella época. Hay que recordar las aportaciones de Francisco de Vitoria, Juan de Medina, Juan de Salas, Tomás de Mercado, Jerónimo Castillo de Bobadilla y Luis de Molina⁶. Estos son algunos de los autores que entonces orientaron las reglas para la determinación de los precios, el comportamiento del mercado o la “justicia” en la fijación de los precios entre el siglo XV y el siglo XVI. La conclusión de la imposibilidad de conocer con exactitud el precio para cada producto, la doctrina de los tres elementos principales del mercado – compradores, vendedores y mercancías - como una de las referencias de la época (Juan de Medina

⁵ Shumpeter, J.A. (1971). Historia del Análisis Económico, pág. 96 y ss.

⁶ Grice-Hutchinson, M. (1952) *The School of Salamanca*. Junto con Domingo de Soto, Martín de Azpilicueta, Diego de Covarrubias, Cristóbal de Villalón, Luis de Alcalá, Luis Saravia, Domingo de Báñez, Francisco García, Miguel Solán, Francisco Suárez, Juan de Lugo y Antonio Escobar, todos ellos pertenecientes a distintas órdenes religiosas y que en opinión de Grice-Hutchinson, formaron la Escuela, junto con otros autores de menor relevancia.

1546)⁷ o, las maneras de distinguir cómo se formaban los precios, bien a través de ese poder de mercado, o bien de una manera basada estrictamente en los gastos, son algunas de las aportaciones centrales de aquellos momentos. La determinación de los factores en el proceso de formación del “precio justo” fue también objeto de atención por parte de los filósofos y teólogos de la época. Los conceptos de abundancia y escasez, también la necesidad de los compradores o la urgencia de los propios vendedores, eran factores que ya se apuntaban como elementos en la determinación de los precios. Y lo que resulta interesante, la diferenciación entre lo que se dio en llamar “el precio legal” y lo que se denominaba el precio que estaba determinado en el mercado por los compradores y los vendedores. El “precio legal” estaba fijado por el soberano o por el gobernante y, además, tenía la característica de ser el “precio justo”. El “precio natural”, por contra, se determinaba de forma distinta y también se consideraba que estaba limitado. Oscilaba el “precio natural” entre un intervalo superior y un intervalo inferior que, a su vez, eran calificados también como justos. A partir de aquí se producía una discusión, con una fuerte connotación teológica y que se continuaba con la reflexión de hasta dónde se puede conocer el monto del “precio justo”. Juan de Salas⁸ nos recuerda que el “precio justo” solo puede ser conocido por Dios ya que la multiplicidad de razones, de causas que lo determinan, están más allá del conocimiento de los hombres, si bien ese precio no puede provenir de Dios, abriendo una controversia que, sin duda, pudo agitar la conciencia de los mercaderes de la época que querían ir más allá de los “tres sujetos” o elementos del mercado ya citados.

Juan de Medina, en 1546⁹ y Luis de Molina, en 1597¹⁰ precisan, utilizando términos de la época, que cuando aumenta la demanda o disminuye el número de compradores los precios a su vez crecen o decrecen, resultando lícito que aumenten los precios si también aumenta la necesidad de poseer un determinado bien. La obra de Luis de Molina reúne frecuentes alusiones a los planteamientos al mercado desde la concepción que hoy llamaríamos

⁷ Codex de Restitutione et Contractibus, publicado a la muerte del autor, acaecida en 1545. Se trata de una importante aportación también al tratamiento de los préstamos.

⁸ Salas, J. (1617). *Commentarii in Secundam Secundae*.

⁹ Medina, J. (1596). *Codex de Restitutione et Contractibus*.

¹⁰ *De Iustitia et Iure*, Tomus Secundus, de Contractibus. Obra en seis volúmenes que contienen las bases de las que muchos años después serían corrientes liberales. También contiene notables nociones sobre precios y mercados.

liberal, además de construir una base importante sobre los derechos de propiedad.

La justificación de la licitud para elevar los precios de los bienes innecesarios es profusamente tratada por Francisco de Vitoria, que determina la necesidad de acuerdos voluntarios entre vendedores y compradores de esos bienes no necesarios, siendo el precio que se alcance legal y no injusto. Es de interés señalar que Vitoria se refería a la libertad de circulación de personas y de mercancías como un elemento más del mercado¹¹, remarcando que los comerciantes no realizan “per se” prácticas ilícitas ni su actividad puede considerarse reprochable, aunque algunos la orienten al lucro excesivo, lo que sí lo es.

En este marco, es obligada la referencia a Tomás de Mercado y a su obra “Tratos y contratos de mercaderes y tratantes”, publicada en Salamanca en 1569. Si bien a la versión inicial se añadieron posteriormente dos apartados, la referencia que aquí interesa aparece en el libro primero, capítulo VII¹², dedicado al Arte y Trato de Mercaderes. Para Tomás de Mercado, el precio se altera por tres circunstancias: la cantidad de mercancías, si hay muchos o pocos compradores, o si hay “más o menos monedas”. Cualquiera de estas circunstancias permite a los gobernantes cambiar los precios, señalando que en aquellos bienes en los que los gobernantes no intervienen, cualquiera de estas circunstancias también es suficiente para variar los precios.

Es muy significativa la siguiente frase de Tomás de Mercado que recuerda la finalidad orientadora de sus escritos:

“Se quejan los mercaderes de que les pone la república muchas leyes y les tasa tan corto la mercancía que perderían dinero si la guardasen. Y hay algunos confesores tan blandos que, informados de ello, pasan muy ligero sobre el pecado y los absuelven. Ciertamente, a mi juicio, yerran ambos, y más que el penitente en

¹¹ González, R. (1946). *Francisco de Vitoria, estudio bibliográfico*. B.A.

¹² Mercado, T. (1569). *Tratos y Contratos de Mercaderes y Tratantes*, pág. 63 y ss. Edición adaptada al castellano actual. Universidad de Salamanca, 2017.

*pecar el confesor en no corregírsele con aspereza y negarle la absolución con severidad si no se enmiendan*¹³.

Destaca Mercado otro engaño que resulta de especial interés en este trabajo: la existencia de un “monipodio” que define como el acuerdo entre mercaderes para no rebajar los precios cuando concurren algunas de las causas que lo aconsejan, resultando esta práctica “*trato ilícito, vicio abominable y aborrecible a todo género de gentes*”¹⁴. Debe destacarse que se trata de la definición de una práctica de cartelización, cuestión en la que la Escuela de Salamanca fue también pionera.

A estas reflexiones añade Mercado otra muy concreta sobre los conciertos, práctica que se prohíbe bajo graves penas y se manda para los actores que

“sean confiscados todos sus bienes y desterrados perpetuamente, y se cuentan y numeran varios modos de hacerlos: el uno, entre mercaderes en alguna especie de mercancía; el otro, entre oficiales, como entre albañiles y canteros: si, queriendo hacer un edificio, alguna obra larga, se concertasen entre sí para no hacerla sino por cierta cantidad; también, después de comenzada, desagradase el oficial al cabildo y, buscando otro, los sobornase para que ninguno la hiciese: a todos manda castigar, como a personas perniciosas en la república”¹⁵.

Éstas eran algunas de las reflexiones que guiaban los manuales de confesores y que impregnaban la percepción social y mercantil del siglo XVII, sirviendo a la preocupación de la época por juzgar el comportamiento económico.

Sean estas líneas un homenaje y recuerdo a las aportaciones de la Escuela de Salamanca, formuladas como se ha dicho, antes y en torno al año 1600 y, por tanto, con más de siglo y medio de adelanto a la publicación en 1776 de la obra de Smith, *La Riqueza de las Naciones*, otro hito a considerar.

¹³ Mercado, T (1569). Op. cit. pág 63

¹⁴ Mercado, T (1569). Op. cit. pág. 74

¹⁵ Mercado, T. (1569). Op. cit. pág. 75

Durante estos casi dos siglos, fisiócratas franceses y mercantilistas en Inglaterra, que dejaron atrás juicios de moralidad y cuestiones más éticas, fueron sustituyendo con sus consideraciones las ideas de la Escuela de Salamanca por otras centradas en los flujos de exportación o la identificación de la agricultura como el motor económico de cualquier nación. Fue el paso del análisis en torno a la ética en el mercado y en la formulación de los precios al análisis, más técnico y menos moral, de la acumulación de excedentes, es decir, de la riqueza. Con ello, la incipiente ciencia económica perdió algo de su ingenuidad aparente, aunque sumara en lo que hoy hemos dado en llamar fundamentos teóricos del análisis económico.

Smith debió de conocer y manejar a los autores de la Escuela de Salamanca, si bien las circunstancias políticas y religiosas de la época le debieron impedir un reconocimiento explícito de esta importante contribución, no solo al tema que nos ocupa, sino a la fundamentación de la ciencia económica en general. Citar a los autores de la Escuela era tanto como resaltar la aportación de un grupo de religiosos españoles del Siglo XVI a la formación del pensamiento económico, valoración que Smith declinó.

El tratamiento de las cuestiones de precios, mercados y competencia en *La Riqueza de las Naciones* de Smith¹⁶, resulta obligado de recordar en un trabajo como éste. Un fragmento que tiene especial relación con el tema que nos ocupa y que es citado frecuentemente en la literatura de competencia e, incluso, en los manuales de historia del pensamiento económico¹⁷, es el siguiente:

“Un monopolio concedido a un individuo o una compañía tiene el mismo efecto que el secreto en el comercio o la industria. Los monopolistas, al mantener al mercado constantemente desabastecido, al no suministrar nunca plenamente a la demanda efectiva, ofertan sus mercancías muy por encima de su precio

¹⁶ Smith, A. (1776). El título completo de la obra original era: Una investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones. Es probable que Smith, en su preparación en filosofía moral, en la Universidad de Glasgow, conociera los escritos de la Escuela de Salamanca, aunque no me consta que los citara en ninguna de las obras, a pesar de que en la Teoría de los Sentimientos Morales (1759), estas citas pudieran estar justificadas.

¹⁷ Entre ellos, Barber, W. (1971). Historia del pensamiento económico, pág. 25 y 26.

natural, y elevan sus remuneraciones, sea que consistan en salarios o beneficios, considerablemente sobre su tasa natural.

El precio de monopolio es siempre el más alto posible. El precio natural, o precio de libre competencia, por el contrario, es el más bajo posible, no en todas las ocasiones, pero sí durante cualquier periodo prolongado de tiempo. El primero es siempre el máximo que puede arrancarse a los compradores, o que se supone que ellos consentirán que se les arranque. El segundo es el más bajo que los vendedores pueden normalmente aceptar, y al mismo tiempo continuar con su negocio”¹⁸.

Por tanto, desde el mundo clásico, Salamanca, la Riqueza de Smith, la determinación de los precios y el funcionamiento de los mercados ha concitado la atención de distintos autores – aquí se han recogido sólo un reducido número de ejemplos – a lo largo de los años. Lo mismo puede decirse de la aproximación a las prácticas de las imperfecciones de los mercados y, especialmente, de los monopolios. Para cerrar este apartado, conviene recordar la cita de Smith sobre el tema de la cartelización, no menos explícita que las anteriores:

“Es raro que se reúnan personas del mismo negocio, aunque sea para divertirse y distraerse, y que la conversación no termine en una conspiración contra el público o en alguna estratagema para subir los precios. Es ciertamente imposible prevenir tales reuniones por ley alguna que fuese practicable o coherente con la libertad y la justicia. Pero, aunque la ley no puede impedir que las personas del mismo negocio se agrupen, tampoco debería hacer nada para facilitar esas agrupaciones; y mucho menos para volverlas necesarias”¹⁹.

Debe señalarse que los avances en la regulación han permitido lo que a la concepción de libertad en Smith parecía imposible, “prevenir tales reuniones por ley...”. Efectivamente, hoy los países más adelantados y con mayor preocupación por el crecimiento y el bienestar económico han

¹⁸ Smith, A. La Riqueza de las Naciones. Cita tomada de la edición de Alianza de 1996, pág. 104 y 105.

¹⁹ Smith, A. Op. cit. pág. 191.

introducido en su ordenamiento jurídico, desde hace ya muchos años, leyes potentes que persiguen las prácticas de cartelización y, entre ellas también, lo que hoy definimos como intercambio de información.

Merecen un recuerdo especial dos de los precursores de lo que años después sería la moderna teoría de la Organización Industrial. Cournot²⁰ y Dupuit²¹ establecieron algunas de las bases para lo que años después sería la necesaria creación de autoridades reguladoras de la competencia y de su papel. Las ideas de Cournot, a propósito de precios y cantidades, más favorables para los consumidores en el caso de duopolios que de monopolios, alertan de la tendencia de los agentes que tienen incentivos a formar un cártel o un monopolio. De ello se deduce que, como estas prácticas son ilegales, los agentes tienden a formalizar situaciones de colusión tácita o secreta²².

Dando otro salto en el tiempo y como precedentes de ordenamiento jurídico más modernos sobre la materia, es obligado citar la primera ley en EE.UU. para prevenir los monopolios, en 1890. La llamada "Ley Sherman"²³, que fue continuada por la ley antimonopolio de Clayton, en 1914, que dio un paso más al prohibir no solo las prácticas anticompetitivas de Sherman, sino también las fusiones y adquisiciones contrarias a la competencia. Más tarde, en 1915, se creó como institución independiente la Comisión Federal de Comercio, FTC, con el objetivo de investigar las conductas. La FTC se incluyó en la campaña de Roosevelt a las presidenciales en 1912, como una necesidad para generar independencia en la toma de decisiones sobre el mercado. Después vendrían la Robinson-Patman Act, en 1936 y la Celler-Kefauver Act, en 1950, también para regular conductas y concentraciones. Estos pasos, con distintos plazos de tiempo, se han seguido en la mayoría de los países hasta poder afirmar que hoy se dispone en la gran mayoría de

²⁰ Cournot, A.A. (1838). *Recherches sur les principes mathématiques de un théorie des richesses*.

²¹ Dupuit, J. (1844). *De la mesure de l'utilité des travaux publics*. Autor menos conocido que Cournot, pero con trabajos relevantes sobre equilibrio parcial, utilidad y excedente del consumidor y efectos de la libertad sobre el comercio.

²² Recuérdese que en el modelo de Cournot, la producción es mayor en un duopolio que en un monopolio, y los precios son menores en duopolio que en monopolio, por lo que la colusión genera ventajas a las empresas que coluden.

²³ Act to Protect Trade and Commerce against Unlawful Restraints and Monopolies. 2 July 1890. John Sherman. Con precedente en la "Interstate Commerce Act", de 1887.

ellos, de una legislación antitrust y de activas agencias independientes. También en áreas supranacionales, como la UE que, por cierto, es un poderoso sistema de regulación internacional.

Volviendo por un momento atrás, la aparición de la Ley Sherman hay que entenderla, fundamentalmente, como una respuesta de la época a la extensión en Estados Unidos de los acuerdos de cartelización y de las prácticas monopolistas derivadas de la implantación de los fideicomisos o trust. La proliferación de los primeros y la constitución de estas sociedades tenedoras de acciones de diversas empresas de un mismo sector, o con idénticos o parecidos productos, permitían a los trust establecer precios e influir sobre la oferta. También, la compra directa de empresas para formar conglomerados con fuerte poder de mercado. Precisamente, para dar respuesta regulatoria a la práctica de compra de empresas, fusiones y adquisiciones, como ya se ha indicado, surgió la Ley Clayton que alcanzaba hasta la prohibición de compartir consejeros en los órganos de gestión e introducía la posibilidad de que los perjudicados por las prácticas prohibidas, pudieran establecer procedimientos de resarcimiento de daños. Desde luego, todo un avance para la época.

Las leyes Sherman y Clayton establecieron las bases de la moderna normativa de persecución de adquisiciones contra el mercado y de ahí que la política de competencia haya tenido también, junto con la persecución de las prácticas ilícitas, la misión de vigilar las concentraciones empresariales.

En este repaso necesariamente rápido, que persigue confirmar el rechazo que desde siempre han producido las distorsiones en el mercado introducidas por prácticas colusorias de la competencia, y dando un salto más en el tiempo, es obligado detenerse en el Tratado de Roma (1957)²⁴, heredero a estos efectos del Tratado de París (1951)²⁵, que prestaba atención especial a la normativa antimonopolio. También en el seno de la UE, al Reglamento de Concentraciones²⁶, de 1989. En la definición del

²⁴ Del inicial Tratado de Roma, 1957, art. 85 a 94. Desde *Ámsterdam*, art. 101 a 109.

²⁵ Del Tratado de París, art. 65 y 66.

²⁶ Reglamento n° 4064/84, seguido por el Reglamento n° 139 de 20 de enero de 2004.

marco general del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁷, ya en su artículo 3 (antiguo 2), se pregona una economía social de mercado altamente competitiva, que en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se concreta en postular como “*un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado interior*”²⁸.

El Tratado de Funcionamiento de la UE, en 2010, determina en su artículo 3 que la Unión Europea dispondrá de competencia exclusiva en el establecimiento de normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado²⁹, para pasar en el Título VII a incluir lo que debe considerarse la normativa fundamental de la legislación de la UE en materia de competencia, en los artículos 101 (antiguo 81 del TCE), 102 (antiguo 82 del TCE), 103 (antiguo 83), 104 (antiguo 84) y 105 a 109 (antiguos 85 a 89), en los que declara incompatibles con el mercado interior y prohíbe los acuerdos entre empresas, asociaciones y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio y tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (art. 101), la explotación por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado (art. 102), la imposición de sanciones (art. 103), los procesos de investigación, la no concesión de derechos especiales a empresas públicas, y la incompatibilidad de las ayudas públicas con el mercado interior, al favorecer a determinadas empresas y falsear el mercado (artículos 104 a 109). Como se ve, toda una declaración de principios y reglas sobre el tema que nos ocupa.

La existencia de este entramado jurídico y económico, no puede considerarse ni como un atentado al derecho de propiedad, ni como un movimiento de animadversión contra la gran empresa, como mantienen algunos autores como Posner³⁰. Todo lo contrario, se trata de procurar con

²⁷ Tratado de la Unión Europea, 2010. Versión consolidada. Diario Oficial de la UE, 30/03/2010.

²⁸ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 2002. Versión consolidada. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 24/12/2002. Art. 3.1 g

²⁹ Tratado de funcionamiento de la UE, 2010. Versión consolidada. Diario Oficial de la UE, 30/03/2010.

³⁰ Posner, R. (1969). Natural Monopoly and Its Regulation. Cato Institute. Reedición en el 30 aniversario de la publicación, Cato Policy Report: “The evils of natural monopoly are exaggerated, the effectiveness of regulation in controlling them is highly questionable, and regulation costs a great deal”. Reedición de 1999.

la legislación y persecución de las prácticas antimonopolistas, la mejor optimización de los recursos, especialmente en beneficio de las rentas más frágiles y de las empresas de tamaño medio, sin perjudicar los grandes conglomerados, con el fin de crear el mayor crecimiento y bienestar a la sociedad.

La Escuela Austriaca y la Escuela de Chicago han mantenido, como es sabido, y con ciertas analogías y diferencias, que el sistema capitalista por sí mismo es capaz de eliminar las imperfecciones del mercado y que cualquier intervención de las agencias de competencia no aporta ningún beneficio en la senda de la consecución del equilibrio. Todo lo contrario, lo retarda, dificulta y encarece³¹.

Obviamente, aquí no se comparten estos planteamientos que se consideran, a la luz de la experiencia del autor y de la exposición realizada en este trabajo, como difícilmente asumibles.

Por el contrario, la mayor parte de los economistas se han mostrado favorables a preservar el papel dinamizador de la economía que ejercen los mercados, al tiempo que recuerdan que si la libre competencia protege a los consumidores, esa libre competencia debe ser preservada. Además, en determinadas instancias, la influencia de empresas y lobbies generan fallos y excesivo poder de mercado que se traducen en precios demasiado altos en relación al coste y/o en niveles de calidad bajos³².

En España, al igual que había sucedido en otros países de Europa, se fue instalando una normativa de competencia, iniciada formal y tímidamente en 1963, consolidada a partir de 1989 y muy especialmente en 2007, hasta completar hoy una regulación razonablemente comparable con el resto del espacio europeo. No obstante, el hecho que esta última implementación coincidiera con la Gran Crisis económica –el Reglamento se aprobó en 2008 y las primeras resoluciones se adoptaron en 2009 cuando la recesión era profunda- dificultó su implementación.

³¹ Puede consultarse, Mises (1949), *La Acción Humana*, cap. 16. Para reflexionar sobre este tema, ver Schwartz, P (2018), *La libre competencia en una economía abierta, dinámica*. ICE N° 905

³² Tirole, J. (2015). Fallos de mercado y políticas públicas. *Papeles de Economía Española*, n° 145, pág. 2 y ss.

3. Breve repaso de la normativa de competencia en España: De los acuerdos de 1953 a la trasposición de ECN+. Referencia a la normativa de competencia en la UE y al marco internacional

Con ocasión de los acuerdos de 1953 sobre el establecimiento de bases militares de EEUU, el gobierno español se comprometió a desalentar las prácticas colusorias contra la competencia³³.

También, y como se puede suponer, con el marco del Plan de Estabilización de 1959, impulsor de un nuevo esquema de relaciones económicas, se aumentó la atención hacia las prácticas colusorias. Pocos años después, se promulgó la Ley 110/1963³⁴, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, que incluía un tratamiento especial de la colusión y del abuso de las empresas con posición de dominio³⁵, incluyendo multas entre 1.000 y 100.000 pts. Nada se incluía sobre control de concentraciones, más bien al contrario, parece que se impulsaban las fusiones y adquisiciones ante una realidad de empresas muy atomizadas. La citada ley obedecía a los compromisos internacionales y a la necesidad de recurrir a una legislación especial como ya venía sucediendo en otros países, según se indica en la exposición de motivos, haciendo especial mención al Tratado de Roma, CECA, OCDE y GATT e, incluso remontándose en materia de antecedentes hasta el siglo XVI, en un ejercicio, por cierto también tratado en la primera parte de este trabajo con mayor extensión. Para entender el momento de promulgación de esta primera normativa, debemos recordar que pocos meses después se puso en marcha el Primer Plan de Desarrollo (1964-1968).

En la Ley de 1963, es de destacar la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 7º), con plena independencia en su función, y del Servicio de Defensa de la Competencia (art. 20), adscrito al Ministerio de Comercio, para tramitar los expedientes que debían ser sometidos al Tribunal.

³³ Cases, L. (1995). Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia, pág. 285 y también Decreto-Ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959.

³⁴ Ley 110/1963 de 20 de julio. BOE nº 175, pág. 11144 a 11152.

³⁵ Un análisis más pormenorizado puede consultarse en Aleaide, C. (2015). ICE nº 826.

Tras el ingreso de España en las Comunidades Europeas, y el comienzo del plazo de adaptación, 1986-1992, se hizo necesario un cambio legislativo de mayor calado que se llevó a cabo con la Ley 16/1989 de 17 de julio³⁶.

En la ley de 1989, se continúa encomendando la aplicación de su normativa al Tribunal de Defensa de la Competencia y también al Servicio, que se encargaría de la fase de instrucción. Se fijaron con mayor precisión las conductas prohibidas (art. 1). En las disposiciones, ya alineadas con la normativa comunitaria europea, se profundizó en el abuso de posición dominante (art. 6), falseamiento de la competencia (art. 7), y se amplió considerablemente el monto de las sanciones a personas jurídicas y, ahora también, a las personas físicas. En la Ley de 1989, aparece por primera vez, en línea con la normativa europea, el control de concentraciones económicas y el papel del Tribunal en el análisis de ayudas públicas y en la emisión de informes sectoriales de promoción de competencia, si bien aún no identificados con esta denominación.

Posteriormente, en sendas leyes de 2002 y 2003, se fijaron el reparto de funciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, junto con la fórmula para la resolución de conflictos en el reparto de casos a través de una Junta Consultiva. Después, entre 2003 y 2004, se fijaría el reparto de competencias entre la Comisión Europea y los Estados Miembros, Autoridades Nacionales y sus órganos jurisdiccionales.

Con tales antecedentes, se llega a la Ley 15/2007³⁷, que sucedió a la Ley de 1989. En aquel momento se habían creado los reguladores sectoriales a instancias europeas y había culminado el proceso de privatizaciones emprendido en los 90. La obsolescencia de la legislación de competencia favoreció el “fórum shopping” con los supervisores, lo que reducía su eficacia.

Por tales razones, la Ley de 2007 suscitó un más que notable consenso político y se convirtió ya en aquel momento en una referencia por su

³⁶ Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. BOE nº 170, 18 de julio, pág. 22747 a 22753.

³⁷ Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia. BOE nº 159 de 4 de julio. La Ley se aprobó en el Consejo de Ministros de 25 de agosto de 2006 y la tramitación parlamentaria se extendió hasta junio de 2007.

calidad. La ley se promulgó tras un debate público, un Libro Blanco y una participación activa de la sociedad civil. A la Ley siguió un Real Decreto de desarrollo, concluyéndose con un proceso de adaptación a la normativa europea y normalizándose las atribuciones a las autoridades autonómicas de competencia.

Desde el punto de vista de la arquitectura institucional, la Ley de 2007 creó la Comisión Nacional de la Competencia, CNC, con un órgano de instrucción independiente y un órgano colegiado, el Consejo, para la fase de resolución.

Cuatro son las notas a destacar en la creación de la CNC: la aplicación moderna en España de la normativa de competencia, la coordinación con la Comisión Europea, la legitimidad para impugnar actos administrativos con nivel inferior a ley que obstaculicen las prácticas competitivas y la condición de *amicus curiae* en procesos judiciales³⁸.

La Ley 2007, como ley moderna que ha sido, ha soportado la actuación de la autoridad de competencia, CNC, hasta que la modificación de la arquitectura institucional supuso la creación de la CNMC en el año 2013.

El reto inmediato que se presenta ahora es la trasposición a la normativa española de la Directiva llamada ECN+, bien a través de una modificación de la Ley 2007 o, lo que resulta más improbable, de la promulgación de una nueva ley de competencia. Pero antes conviene hacer una referencia al marco internacional del que forma parte la autoridad española.

La International Competition Network, ICN, creada en 2001, es la red privada que agrupa a las autoridades de competencia de todo el mundo. En su seno, se mantienen frecuentes contactos para tratar temas de interés común a través de un diálogo orientado al establecimiento de un consenso y convergencia de criterios en lo que se ha dado en llamar la "*antitrust community*". El trabajo de detalle se realiza en grupos especializados que emiten recomendaciones alineadas con las mejores prácticas en un mundo

³⁸ Un trabajo de interés, elaborado al poco de la promulgación de la Ley que puede consultarse para conocer la sensibilidad del momento es Guerra, A. y Rodríguez, A. (2007). La Nueva Ley de Defensa de la Competencia: Principales novedades. Actualidad Jurídica Uría y Menéndez/ 18-2007.

globalizado en el que las fronteras nacionales nada tienen que ver con los límites de los mercados, que además requieren visiones cada vez más próximas, y adecuada coordinación y colaboración entre las distintas autoridades nacionales de competencia, entre las que se encuentra la española, y la de la Unión Europea³⁹.

Otra organización de ámbito europeo es la European Competition Network, ECN, que funciona como foro de cooperación entre autoridades de competencia europeas responsables de aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE, en coordinación con la DGCOMP. Sus objetivos se centran en el intercambio de información sobre las actuaciones que desarrollan en nuevos casos, coordinación de investigaciones y apoyo mutuo, cuando se requiere, e intercambio de evidencias, para construir un marco lo más homogéneo posible en la aplicación de la normativa de competencia entre los Estados Miembros. La ECN funciona mediante grupos de trabajo, intercambio continuo de información e identificación de mejores prácticas. En síntesis, fortalecimiento de las autoridades nacionales, convergencia de actuaciones y cooperación, aspectos que se han ido reforzando desde su puesta en funcionamiento en 2004. Esta actuación fue uno de los principales cambios que introdujo el comisario Mario Monti –junto con el reglamento antimonopolio y la normativa de concentraciones– para fortalecer la lucha contra los cárteles y el abuso de posiciones dominantes, la primera reforma en 40 años⁴⁰.

Para la mejor coordinación de situaciones concretas y foro de discusión de las autoridades de competencia de los países miembros, semestralmente se reúnen en la DGCOM los responsables de las distintas agencias nacionales en reuniones internas, de carácter confidencial, que completan los contactos continuos a nivel bilateral o plurilateral entre las ANC (Autoridades Nacionales de Competencia)⁴¹.

³⁹ La ICN fue creada por consenso entre varios países más la UE, en octubre de 2001. Posteriormente, se han ido uniendo otras naciones y organizaciones supranacionales hasta cubrir actualmente 136 países y organizaciones supranacionales.

⁴⁰ IP-04-511.

⁴¹ En este trabajo, se utiliza indistintamente y con igual significado “ANC” (Agencia Nacional de Competencia), “Agencias de Competencia” (y en su caso, de regulación), simplemente “Agencia” o “Autoridad de Competencia y de Regulación”.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados, aún persisten diferencias en los ordenamientos normativos de los distintos países de la UE. Al objeto de producir una armonización mayor, surgió la iniciativa ECN+, para que las distintas autoridades nacionales de competencia, ANC, aproximaran cada vez más sus resoluciones, contaran con más fuerza en sus actuaciones y fueran más eficaces.

Conviene recordar que ya en 2014, la Comisión Europea (CE) realizó una evaluación de los 10 años de aplicación práctica en los Estados Miembros del Reglamento 1/2003, que en su momento había supuesto una revolución en materia de aplicación paralela de las normas de competencia por parte de la Comisión Europea y de los Estados Miembros. Esta valoración se tradujo en la Comunicación: “Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del reglamento (CE) 1/2003: logros y perspectivas de futuro” (COM (2014) 453). Desde 2004, la Comisión y las autoridades nacionales de competencia habían adoptado más de 1.000 decisiones en aplicación de la normativa europea de competencia, y lo que se ponía especialmente de manifiesto es que, entre 2004 y 2014, por encima del 85% de las decisiones fueron tomadas por las ANC. Por tanto, resultaba esencial que éstas tuvieran todos los poderes que necesitan para aplicar de manera efectiva y coherente las normas europeas de competencia. En esa Comunicación ya se anticipaba que existía margen de maniobra para mejorar la eficacia de las ANC y homogeneizar sus estándares para intensificar las reformas que favorecieran la implantación del mercado interior. Se apuntaba, entre otras mejoras, al refuerzo de la independencia y la suficiencia de recursos de las ANC, a la necesidad de contar con un conjunto eficaz de herramientas y a la posibilidad de imponer sanciones disuasorias y de tener programas de clemencia efectivos.

Después de una consulta pública entre noviembre de 2015 y febrero de 2016, y los necesarios trabajos de evaluación de impacto, el 22 de marzo de 2017, la Comisión presentó una propuesta de Directiva, conocida de forma abreviada como ECN+ en alusión al claro objetivo de refuerzo de la Red Europea de Competencia. La Directiva va encaminada a facultar a las autoridades de competencia para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Se trata de asegurar, en parte que el lugar donde tenga la sede una empresa no importe a la hora de aplicar las normas de competencia europeas recogidas en los artículos 101 y 102 del Tratado Fundacional.

En cuanto al contenido de la propuesta, los artículos más relevantes de la Directiva se encuentran en el capítulo III (independencia y suficiencia de recursos), capítulo IV (poderes de investigación), capítulo V (multas), capítulo VI (clemencia) y capítulo VII (asistencia mutua)⁴².

La propuesta de la Directiva ECN+, que ha sido discutida por el Parlamento y el Consejo Europeos, recibió una opinión favorable el 30 de mayo de 2018 y fue aprobada en diciembre de 2018⁴³.

Desde el momento de la aprobación formal de la propuesta de Directiva ECN+, los Estados Miembros tendrán un plazo máximo de dos años para trasponer la Directiva. En el caso de España, no debería ser especialmente complicado cumplir con este límite, dado que nuestro marco jurídico ya incorpora muchos de los elementos sujetos a armonización en esta Directiva. Ahora bien, y entre otras cuestiones, la trasposición de la Directiva ECN+ debería traducirse en dotar a la autoridad española de la necesaria autonomía en la gestión de sus recursos humanos, que resulta imprescindible para cualquier autoridad independiente como al CNMC. También debería aprovecharse la trasposición de la Directiva para introducir en la normativa española el procedimiento transaccional (*settlements*), presente en la mayoría de los países de nuestro entorno, que implica el reconocimiento de infracción por parte de las entidades imputadas a cambio de una rebaja en la multa, lo que se traduce en procedimientos más ágiles y con menos litigiosidad. Es decir, incorporar más eficacia y ahorros notables al Sistema. Si la ECN+ no trata de los *settlements* con más detalle, es simplemente porque la mayoría de los ordenamientos europeos ya los incluyen. Así mismo, la trasposición debería proporcionar la oportunidad para fijar en la normativa española otras cuestiones como la priorización de casos o la clarificación de las autorizaciones judiciales para realizar inspecciones.

⁴² Para un análisis más detenido, vid. Guindos, B., Fornells, J. y Roig, F. Novedades en la aplicación de la política de competencia de la Unión Europea en 2018, ICE julio-agosto 2018, Nº 903, pp. 127-147.

⁴³ Directiva UE 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo. 11 de diciembre de 2018. Diario Oficial de la UE. 14 de enero de 2019.

4. Fundamentos teóricos de competencia y regulación. La reformulación de la política de organización industrial y los nuevos retos.

El equilibrio de un mercado competitivo es eficiente desde el punto de vista de la asignación de recursos cuando se cumplen simultáneamente las siguientes condiciones:

- El beneficio marginal social es igual al beneficio marginal privado ($BMgS = BMg$), lo que implica que el comprador es el único que se beneficia del bien o servicio que adquiere.
- El coste marginal social es igual que el coste marginal privado ($CMgS = CMg$), lo que implica que el productor es el único que soporta el coste de producción.
- El beneficio marginal privado es igual al precio ($BMg = P$), lo que implica que no hay poder de mercado de los consumidores.
- El coste marginal privado es igual al precio ($CMg = P$), lo que implica que no hay poder de mercado de los productores.

Si se cumplen estas condiciones, el punto de corte de las curvas de costes y beneficio marginales ($CMg = BMg$) determina la cantidad de equilibrio producida en el mercado, que se intercambia al precio P . Se trata de un mercado perfectamente competitivo, que produce un resultado eficiente para la sociedad desde el punto de vista asignativo. Pero en la realidad del mercado, esto no siempre es así.

Si se incumplen estas condiciones, se pueden distinguir cuatro tipos de problemas y de políticas adecuadas para resolverlos:

- Si $BMgS > BMg$, nos encontramos ante el problema de la producción insuficiente de bienes públicos unido a la presencia de externalidades positivas, que debe ser resuelta por medio de la provisión pública de estos bienes.
- Si $CMgS > CMg$, estamos en presencia de externalidades negativas, como sucede en los problemas medioambientales y de

recursos naturales, que deben ser corregidas por las correspondientes políticas de calidad de vida y conservación de recursos.

- Si $BMg > P$, quiere decir que algunos compradores individuales tienen influencia sobre el precio, es decir, consiguen reducirlo por debajo del nivel competitivo y obtienen beneficios extraordinarios.
- Si $P > CMg$, implica que algunos vendedores individuales tienen influencia sobre el precio, es decir, no son precio-aceptantes – como sucede en el modelo de competencia perfecta– sino que fijan un precio mayor que el competitivo, y obtienen también beneficios extraordinarios.

La capacidad individual de influir sobre el precio es la mejor definición del poder de mercado, y suele estar ligada a la existencia de monopolios u oligopolios. Cuando estas situaciones reducen el bienestar social, deben ser corregidas a través de una adecuada política de regulación de los sectores afectados, así como de una efectiva política de competencia⁴⁴.

La política de defensa de la competencia se requiere en todos los mercados en los que no hay regulación económica por parte del Estado, o bien ésta es parcial o insuficiente, que es la situación por defecto en una economía de mercado. En cambio, es necesario asegurar que la regulación económica por parte del Estado se produce solo para remediar la presencia de fallos de mercado. Conviene distinguir entre regulación en el sentido del establecimiento de normas jurídicas que sirvan de marco para el desarrollo de una actividad, y regulación en el sentido de intervención por parte del Estado en un mercado determinado para corregir las ineficiencias cuando, por sí mismo, no produce un resultado óptimo. De acuerdo con la primera definición, todos los mercados son mercados regulados, pero a lo que nos

⁴⁴ Para una explicación más amplia, vid. Marín, J., Velasco, C., García-Verdugo, J., Eseribano, G., San Martín, E. y Consuegra, M. (2015), Políticas Microeconómicas I, en Cuadrado Roura, J.R. (dir.), Política Económica, Capítulo 13, McGraw-Hill.

referimos en este trabajo es a la segunda acepción, que podríamos denominar regulación económica⁴⁵.

Es interesante subrayar que estas dos herramientas, competencia y regulación, pueden considerarse complementarias ya que la segunda opera fundamentalmente *ex ante* (aunque lógicamente es necesario que haya sanciones por incumplimiento de la regulación) junto con las acciones de promoción de la competencia, mientras que la aplicación del derecho de la competencia actúa, generalmente, *ex post* (exceptuando el control de concentraciones). Es decir, la regulación establece las reglas del juego para los sectores que requieren la intervención del Estado, mientras que la defensa de la competencia interviene si en el funcionamiento de cualquier mercado tienen lugar prácticas anticompetitivas.

En relación al soporte teórico de estos dos enfoques, cabe resaltar la aportación realizada particularmente por Tirole, de la Escuela de Economía de Toulouse. Su investigación se ha centrado en el área de la organización industrial⁴⁶, disciplina que estudia el funcionamiento de los mercados imperfectamente competitivos y las razones que pueden justificar la intervención pública en ellos. Sus aportaciones han cambiado radicalmente la organización industrial como disciplina, y la forma en la que los economistas piensan acerca del comportamiento de las empresas con poder de mercado, la regulación económica y la política de competencia. Sus trabajos han contribuido a mejorar el diseño y la implementación de la política de competencia y de regulación en las últimas décadas. Esta política resulta crucial para el fomento de la eficiencia, la innovación, el crecimiento económico y, en definitiva, el bienestar general.

Ahora bien, la regulación económica es necesaria porque en determinadas ocasiones existen estructuras de mercado no competitivas que deben ser reguladas para evitar que se generen pérdidas de bienestar. Hay tres escenarios fundamentales en los que es necesario regular económicamente todo o parte de un mercado: la presencia de un monopolio natural; los

⁴⁵ Una buena referencia que puede consultarse en materia de teoría de la regulación es Baldwin, R., Cave, M. y Lodge, M. (2013), *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice* (2nd Edition), Oxford.

⁴⁶ J. Tirole (1990), *La Teoría de la Organización Industrial*, Ariel Economía.

sectores recientemente liberalizados, antiguos monopolios legales; y la necesidad de asegurar un servicio universal en algunos ámbitos.

Los monopolios naturales se dan en ciertas industrias en las que es más eficiente, desde el punto de vista de los costes, que exista una única empresa que ofrezca un determinado bien o servicio. Esto ocurre en industrias donde se requieren costes fijos muy elevados y se dan fuertes economías de escala, ya que para rentabilizar la inversión se requiere un volumen de producción elevado. En estos casos, aunque no sería eficiente que hubiese más empresas oferentes, la posición de monopolio de la empresa generaría efectos perjudiciales –como mayores precios y menor productividad– que hacen necesario que los poderes públicos o un organismo independiente regulen, entre otros, las retribuciones que estos monopolistas obtienen por prestar el bien o servicio, y las condiciones de acceso a sus servicios. La experiencia indica que un organismo independiente es de hecho más eficaz en materia de regulación (minimizar el riesgo regulatorio), y presenta menor vulnerabilidad política.

Muchos de los monopolios naturales pertenecen a las llamadas *industrias de red*. Las vías de tren, las redes de transporte de electricidad de alta tensión, o los gaseoductos. Para desplegar y mantener tanto las infraestructuras ferroviarias como la red de gaseoductos obviamente es necesaria una inversión elevada, que hace que el uso de estas infraestructuras deba ser intensivo para compensar los costes fijos. Por ello, no sería eficiente que existiesen varias empresas que realizasen estas actividades.

Por otro lado, la regulación es necesaria en aquellos sectores en los que tradicionalmente el bien o servicio era prestado por una única empresa monopolista controlada por el Estado, pero que posteriormente fueron liberalizados, de modo que desde aquel momento cualquier empresa podía tratar de prestar ese determinado bien o servicio. En estos supuestos, el problema radica en que la empresa que venía prestando ese servicio parte de un 100% de cuota de mercado y, por tanto, sus clientes son la totalidad de los consumidores, además de poseer todas las infraestructuras necesarias para prestar ese determinado bien o servicio, que han sido financiadas por el Estado, de modo que es muy complicado para los potenciales entrantes en el mercado competir con ella. Por este motivo, hasta que la competencia en el mercado sea efectiva, el Estado a través de

las agencias de regulación, preferentemente, interviene imponiendo una serie de obligaciones al operador dominante, que normalmente suele denominarse “incumbente”, para proteger a los potenciales competidores.

Por último, hay ciertos servicios que se considera que deben ser universales, es decir, que se debe poder tener acceso a ellos a un precio asequible. Pero, en ocasiones, para las empresas no es rentable prestar estos servicios a determinados segmentos de la población, por lo que sin la intervención del Estado, preferentemente de una agencia independiente, no se podría acceder a ese bien.

Es lo que ocurre en el caso de los servicios postales. Hay zonas donde es costoso acceder, por ejemplo, zonas rurales, y el volumen de mensajería o paquetería es muy limitado, por lo que son lugares en los que a las que a las empresas del sector no les interesa prestar su servicio, o tendrían que hacerlo a precios muy elevados. Sin embargo, el Estado considera que el servicio postal debe estar garantizado a todos los habitantes a un precio asequible, por lo que encomienda la prestación de este servicio a una sociedad estatal u operador dominante de propiedad pública.

En todos estos supuestos, se considera que la intervención del Estado en esos sectores debe ser justificada y proporcional al fallo de mercado detectado. Es decir, el Estado sólo debe regular un mercado mientras que resulta imprescindible –en el caso de los monopolios naturales nunca deja de ser necesario–, es decir, hasta que el nivel de competencia en el mismo sea suficiente, o hasta que un bien o servicio ya no requiera una prestación universal. Esto exige que deba revisarse periódicamente la regulación para evitar un exceso de intervención que genere más ineficiencias que el propio fallo de mercado que trata de corregirse, ya que el exceso de regulación siempre estorba la actividad económica. En España esta situación se ha agravado porque se privatizaron las empresas públicas sin liberalizar previamente los mercados. Tal imprudencia, impulsada por la codicia recaudatoria, se ha traducido en oligopolios tácitos y estructuras de mercado difíciles de traspasar para nuevos entrantes.

Por otra parte, el regulador suele enfrentarse a una situación de información asimétrica, al carecer de información completa sobre los verdaderos costes del monopolista –que éste si conoce, pero que en su propio interés oculta al regulador– o sobre sus posibilidades para reducir costes y aumentar la

calidad. Recuérdese que, con frecuencia el monopolista suele ser insuficiente.

Los esquemas tradicionales de regulación –de margen sobre el coste y de precio fijo– plantean problemas para la consecución de una regulación óptima, en la medida en que pueden reducir los incentivos del monopolista a disminuir costes y ser más eficiente o impedir que las mejoras en eficiencia obtenidas por el monopolista se trasladen a los consumidores. Tirole y Laffont^{47,48,49}, utilizando las herramientas de la teoría de la agencia, la teoría de subastas y la teoría de juegos, demostraron que un sistema basado en ofrecer al monopolista un conjunto de posibles esquemas regulatorios podría contribuir a solucionar los problemas de información asimétrica a los que se enfrentan los reguladores. De este modo, ambos contribuyeron a desarrollar un marco teórico para valorar los esquemas de regulación de monopolios.

Tirole y Laffont⁵⁰, junto con Freixas⁵¹, ocupan un lugar pionero en el análisis de la dinámica de la regulación. Sus investigaciones señalaron cómo, si el regulador no es capaz de generar un compromiso creíble a lo largo del tiempo, se pueden disminuir los incentivos del monopolista a reducir costes, y propusieron mecanismos para intentar solucionar este problema. En este sentido, sus trabajos ponen de relieve cómo las acciones de los reguladores en un momento dado pueden incidir en el comportamiento futuro de las empresas reguladas y, en consecuencia, en los resultados futuros de la regulación, pudiendo reducir o aumentar su eficacia.

⁴⁷ Laffont, J.J., Tirole, J. (1987), Auctioning Incentive Contracts, *Journal of Political Economy*, Vol 95, N°5, Octubre 1987, páginas 921-937.

⁴⁸ Laffont, J.J., Tirole, J. (1988), The Dynamics of Incentive Contracts, *Econometrica*, Vol 56, N° 7, Septiembre 1988, páginas 1153-1175.

⁴⁹ Laffont, J.J., Tirole, J. (1988), Repeated Auctions of Incentive Contracts, Investment and Bidding Parity with an Application to Takeovers, *The Rand Journal of Economics*, Vol 19, N° 4, Invierno 1988, páginas 516-537.

⁵⁰ Laffont, J.J., Tirole, J. (1987), Comparative statistics of the optimal dynamic incentive contract, *European Economic Review*, Vol 31, tema 4, Junio 1987, páginas 901-926.

⁵¹ Freixas, X., Guesnerie, R., Tirole, J. (1985), Planning under Incomplete Information and the Ratchet Effect, *Review of Economic Studies*, Vol(52)2, N° 169, Abril 1985, páginas 173-192

Las aportaciones de Tirole y Laffont⁵² también son relevantes en relación con el diseño institucional de organismos reguladores, en concreto por su contribución al estudio del fenómeno de la captura del regulador. Su investigación en este campo advierte de los riesgos de colusión entre empresas y regulador en entornos institucionales mal diseñados, mostrando cómo la captura del regulador genera ineficiencias y proponiendo mecanismos para reducir el riesgo de captura.

En síntesis, Tirole ha enfatizado la necesidad de disponer de reglas claras y de reguladores fuertes e independientes para asegurar el éxito de los procesos de liberalización, que pasa por establecer una regulación óptima y eficiente de los segmentos no competitivos, y que favorezca y promueva la competencia en los segmentos en los que ésta puede prosperar.

El análisis detallado de los distintos sectores regulados, puede estudiarse con cierta profundidad en otros lugares y para el caso de España, en varios trabajos⁵³.

La aportación de Tirole también ha resultado crucial en el ámbito de las concentraciones, ya que sin la economía industrial que Tirole y otros contribuyeron a crear, no podríamos entender el marco de análisis sobre el que la política de la competencia se articula en la actualidad, en particular en ámbitos como las concentraciones empresariales o los abusos de posición de dominio.

A principios de la década de los noventa Tirole y Hart⁵⁴, desafiaron la teoría dominante sobre el impacto en términos de competencia derivado de una concentración vertical, que sostenía que dicha integración no generaría un cierre en el mercado y no era problemática en términos de competencia. Tirole argumentó que en determinados casos sí puede tener lugar un cierre de mercado y una reducción del bienestar, contribuyendo a que las autoridades de competencia adoptasen una actitud más vigilante sobre los

⁵² Laffont, J.J., Tirole, J. (1993), Cartelization by regulation, *Journal of regulatory Economics*, Junio 1993, Vol 5, Tema 2, páginas 111-130.

⁵³ Entre ellos, Casares, J. y Velasco, C. (coord.) (2019): *Política Económica Española*. Alianza Editorial (en prensa). Se trata de una obra ya clásica que en sus diez ediciones abarca todo el recorrido reciente de la política económica española.

⁵⁴ Hart, O., Tirole, J. (1990), Vertical Integration and Market Foreclosure, *Papers on Economic Activity, Microeconomics*, Vol 1990 (1990), pp. 205-286.

riesgos potenciales en este ámbito. Su influencia ha sido clara en la forma en la que se analizan las restricciones y concentraciones verticales en la actualidad, y la huella de su trabajo se nota, por ejemplo, en las Directrices relativas a las restricciones verticales de la Comisión Europea, utilizadas por las autoridades de competencia de la Unión Europea.

Además, Tirole, en trabajos conjuntos con Jean-Charles Rochet^{55,56,57}, también ha sido pionero en el análisis y estudio de los mercados de plataformas de dos o más lados, como es el caso de los buscadores de Internet, los periódicos, las tarjetas de pago, los aeropuertos o servicios de transporte dentro de las ciudades, contratado por internet. Estas plataformas actúan de intermediarios entre los distintos lados de un mercado –grupos de usuarios de la plataforma– facilitando su conexión e interacción, como, por ejemplo, ocurre en el caso de los anunciantes y las personas que buscan información a través de un buscador de Internet.

Tirole y Rochet estudiaron las especificidades de estos mercados, y en particular sus estructuras de precios y los patrones de utilización de las plataformas. Al igual que en otros casos, el trabajo de Tirole no proporciona una respuesta única sobre cómo actuar en estos mercados, sino un marco analítico para valorar distintas opciones desde la óptica de la política de competencia.

La economía digital y la digitalización de la economía tradicional, giran en torno a estas plataformas de dos o más lados. Y la normativa de competencia no siempre es fácil de aplicar, con independencia de la dificultad asociada a su extensión y ámbito de trabajo que, con frecuencia supera los espacios nacionales y, en ocasiones, continentales. De la mano de las plataformas, se ha producido una ampliación de los mercados y han dado lugar a empresas de tamaño considerable que sortean la normativa de países concretos e incluso, llegan a cubrir la ausencia de beneficios en un mercado o actividad específica, con la operación de otros mercados, dando

⁵⁵ Rochet, J., Tirole, J. (2003), Platform Competition in Two-Sided Markets, *Journal of the European Economic Association*, Vol 1, Tema 4, Junio 2003, páginas 990-1029.

⁵⁶ Rochet, J., Tirole, J. (2006), Two-sided markets: a progress report, *The Rand Journal of Economics*, Vol 37, Tema 3, Septiembre 2006, páginas 645-667.

⁵⁷ Rochet, J., Tirole, J. (2008), Tying in two-sided markets and the honor all cards rule, *International Journal of Industrial Organization*, Vol 26, Tema 6, Noviembre 2008, páginas 1333-1347.

lugar a un entramado complejo de conocer y, por tanto, de regular o supervisar con las normas de competencia y de regulación tradicionales.

Por otro lado, la política de regulación y de competencia, Organización Industrial, en terminología de Tirole y otros, tiene que adaptarse a las nuevas exigencias del mercado, a las que debe dar respuesta. La realidad de la generalización de las plataformas, como agentes del mercado, consustancial con la economía digital y la digitalización de la economía tradicional, requiere de adaptaciones normativas y también, en el modo de trabajar de las autoridades de competencia, sin estorbar la generación de ganancias –que podrían ser aprovechadas por otros- pero sin renunciar a los objetivos fundamentales que justifican su existencia.

Con este marco de referencia, está surgiendo nuevamente una polémica en torno a la conveniencia de facilitar mediante una política de autorización de concentraciones, fusiones y adquisiciones, la existencia de grandes conglomerados empresariales, campeones nacionales continentales, que puedan hacer frente a ese mercado digitalizado y de dimensiones europeas, supranacionales o continentales, sino pluricontinentales. Se argumenta que tal actuación, que supone propiciar un control más laxo por parte de las autoridades de competencia, es el instrumento más eficaz para posicionarse en igualdad de recursos, a las empresas asiáticas o norteamericanas.

Debe existir la convicción de que esta forma de actuar es contraria a los intereses de Europa. El proceso de relajación de la política de concentraciones tiene riesgos altos de generar insuficiencias en los mercados europeos, propiciar acuerdos colusorios en ese mercado, estimular crecimiento en los precios, expulsar a las empresas de menor tamaño, también europeas, generar transferencias de renta indeseables, perjudicar a los colectivos más sensibles y, además, equivocarse en la elección de los “ganadores” posiblemente más preocupados por presionar a los gobiernos que satisfacer las necesidades de los consumidores.

Si Europa quiere activar una política económica más agresiva en los mercados internacionales, debería desplegar otros instrumentos distintos a los de la política de competencia, que no tiene como objetivos directos ni el estímulo a la innovación ni la utilización de recursos públicos con finalidad, por cierto, proteccionista y a menudo alejada del interés de los consumidores. En todo caso, la estrategia de la UE y de los gobiernos de

los países miembros, no puede sustentarse en debilitar la política de competencia y de concentraciones⁵⁸. Es más, preferentemente debe centrarse en actuaciones orientadas a la innovación y al desarrollo tecnológico e industrial europeo, que seguramente se han quedado rezagado en los últimos años, por citar sólo algunos ejemplos de nuestra situación, entendiéndolo que Europa está en otra etapa que requiere de otras fórmulas más imaginativas.

Por tanto, esa digitalización de la economía es seguramente el reto fundamental que se presenta, de cara al futuro, a las autoridades de competencia⁵⁹.

El impacto de la aparición de un pequeño número de grandes operadores digitales en los mercados y la generalización del comercio electrónico, la publicidad en internet, la influencia de las redes sociales en los hábitos de consumo, etc., suponen importantes desafíos a la política de competencia que tiene que vigilar conductas en, por ejemplo, los mercados digitales, en plataformas o en utilización de datos masivos.

Al tiempo, las autoridades de competencia deben entender que no pueden suponer un obstáculo a la extensión de los beneficios a los consumidores y que esas nuevas fórmulas pueden producir una mayor competencia y mejorar el acceso a diversos y nuevos mercados, permitiendo a su vez ganar en eficiencia y tamaño a los competidores. Por tanto, las agencias de competencia y regulación deben apoyar esos nuevos usos del mercado, propiciar la innovación, evitar concentraciones que expulsen operadores de menor tamaño y aceptar que la política de regulación de competencia tiene sus límites, al tiempo que se asuma que los mercados digitales funcionarán mejor si se apoyan en políticas de competencia que den oportunidad a la innovación y eviten una concentración excesiva. En este sentido debe recordarse que en los últimos diez años, 2008-2018, las cinco grandes

⁵⁸ Con ocasión de la publicación por parte de DGCOM de la fusión SIEMENS-ALSTOM, puede consultarse: "EU Industrial Policy after Siemens-Alstom". European Political Strategy Center. Marzo 2019, donde se analizan algunas de estas cuestiones.

⁵⁹ Becker, F. (2018), Revista ICE noviembre-diciembre. "El primer problema que se plantea, y de no fácil solución, es determinar los nuevos límites del mercado en un espacio como la Red, en el que las variables tiempo e información juegan un papel determinante modificando los tráficos mercantiles y financieros de manera radical, lo que complica enormemente los procesos de conformación de precios".

tecnológicas han adquirido 400 empresas⁶⁰ y que, con datos de 2018, en el ranking mundial de empresas con más altos beneficios, entre los diez primeros puestos aparecen siete empresas de estas características.

En cualquier caso, este proceso de reconocimiento de la nueva realidad, como indica la Comisaria Europea de Competencia, Margrethe Vestager, puede requerir de ciertas reformas de las normas antimonopolio⁶¹. El acceso a un volumen ingente de datos propiedad de las empresas, la existencia tan dinámica de las plataformas, el manejo de algoritmos complejos, la inteligencia artificial, etc., son elementos nuevos que requieren esas adaptaciones.

Muy en síntesis, la opinión de la UE y de varias agencias de competencia europeas, podrían resumirse en las siguientes ideas: la normativa contenida en los Tratados sigue siendo válida, pero no se puede seguir con el “business as usual”. La legislación secundaria y los procedimientos deberán ser revisados. Las teorías, legal-tests, métodos analíticos y procedimientos de investigación empleados hoy deben ser reconsiderados para asegurar que se tratan adecuadamente los desafíos a los que se enfrentan las autoridades de competencia. Los casos y decisiones del futuro no serán los mismos que los de hoy. Aprender del pasado sí, pero también ajustarnos al presente y ajustar tests, teorías, métodos y procedimientos. Además, la comprensión del funcionamiento de los mercados y el estándar de prueba, es decir, qué pruebas son relevantes y quién tiene la carga de proporcionarlas en cada etapa del procedimiento, son primordiales y deben ser revisadas. Estas son algunas de las ideas que deberían incorporar las autoridades de competencia.

Como se ve, se abren nuevos y sugerentes retos a la política de competencia y regulación, que es una herramienta poderosa, aunque no la única, para resolver los retos de la economía europea, como ya resaltó Tirole en su discurso de aceptación del Premio de Ciencias Económicas en 2014, otorgado en memoria de Alfred Nobel.

⁶⁰ Citado en el informe Furman y otros (2019), como un dato que requiere reflexión.

⁶¹ Entrevista en Financial Times, marzo (2019), reproducida en Expansión, 2 de abril de 2019.

5. Objetivos y necesidad de la política de defensa de la competencia

Como se ha dicho, el objetivo principal de la política de defensa de la competencia y de la buena regulación es garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios y siempre orientado hacia el interés general.

Pero hay otros objetivos que se inscriben en el marco de una política económica de cualquier país. Entre ellos, la consecución del bienestar tanto de productores como de consumidores por la vía de maximizar su excedente, promoción de una mayor y más eficaz interacción de los mercados, manteniendo a niveles adecuados los precios y flujo de importaciones y exportaciones y defensa de los nuevos entrantes en el mercado o de las empresas de tamaño más reducido. También la creación de un clima de libertad económica en entorno de justicia y equidad⁶². Y por supuesto, una mayor transparencia que redunde en una mejor gobernanza económica, que es el mejor antídoto contra la corrupción. Es, por tanto, una política de Estado que cobra singular importancia ante la cesión de soberanía que ha supuesto la política monetaria en favor de la Comisión Europea y la convierte en una de las pocas herramientas para realizar reformas estructurales.

Interesa subrayar desde el principio que la política de defensa de la competencia y de la regulación eficiente, no trata de alcanzar lo que en términos económicos se conoce como competencia perfecta, porque -como es bien sabido- las condiciones necesarias son muy exigentes (muchos oferentes y demandantes, productos homogéneos, ausencia de barreras de entrada y salida, información perfecta) y pocas veces se dan en la realidad. Lo que las autoridades de competencia y supervisión persiguen es que todos los operadores económicos respeten las reglas del juego (*fair play*) con el objetivo de conseguir o mantener el mayor nivel de competencia efectiva que sea compatible con las características de cada mercado y cada país, fundamentalmente el nivel de costes fijos asociados a las inversiones necesarias, la diferenciación de productos y la dimensión de la demanda. Sin embargo, en la realidad, estas características no siempre se dan y hacen

⁶² Para un desarrollo para algunos de estos objetivos puede consultarse Motta, M. (2018). Política de Competencia. Teoría y Práctica, pp. 45 y ss.

que en muchos casos los sectores se asemejen más a mercados de competencia imperfecta (oligopolios, mercados de competencia monopolística u oligopolística, mercados con severas imperfecciones...).

Por ejemplo, en el sector de las comunicaciones móviles el número de operadores está restringido por las inversiones en redes de comunicación y por los potenciales usuarios de esos servicios, normalmente limitados por la dimensión y dinámica de la población. Aunque el número puede aumentar, e incluso sería bueno que así sucediera, no parece probable que el sector pueda albergar a muchos operadores móviles con redes propias, por lo que estamos muy lejos del modelo de competencia perfecta. Sin embargo, esto no implica en absoluto que no pueda haber competencia efectiva. De hecho, en varios países “grandes”, el número de operadores es reducido.

Otro ejemplo de comportamiento alejado de la competencia perfecta son los sectores en los que se producen efectos de red (“*network effects*”). Se trata de un bien o servicio que tiene mayor valor cuantas más personas lo utilicen (como sucede con los servicios de mensajería instantánea como WhatsApp), por lo que con frecuencia suelen producirse situaciones en las que una empresa se convierte en el operador dominante con una cuota de mercado muy elevada, sin que esto, aunque pueda serlo en la práctica, sea necesariamente contrario a la existencia de competencia efectiva, que muchas veces puede venir de la mano de la amenaza para el operador dominante de potenciales entrantes en el sector.

En cualquier caso, la defensa de la competencia y de la buena regulación debe ser uno de los elementos principales de la política económica para promover la productividad y la competitividad en la economía. Si la competencia en los mercados es efectiva, la asignación de los recursos es más eficiente, con los consiguientes efectos sobre el crecimiento económico, el empleo y la distribución de la renta, como ya se ha repetido varias veces.

Por tanto, los beneficios de la competencia y de la buena regulación se traducen en un mayor bienestar social, que es el criterio fundamental por el que se rige esta política. Por un lado, los consumidores disponen de una oferta más variada e innovadora de bienes y servicios, de mejor calidad y a menores precios. Por otra parte, a los empresarios les asegura que el éxito

en sus negocios dependerá de su capacidad y esfuerzo y que otras empresas con poder de mercado no podrán obstaculizarles de manera injusta, y esto impulsa el esfuerzo innovador. Además, garantiza que la producción nacional será competitiva dentro y fuera del propio país.

La defensa de la competencia tiene un fuerte componente social, ya que la falta de competencia tiene un impacto notable en la desigualdad, la pobreza y la corrupción. Por una parte, las conductas monopolísticas derivan en unos precios más altos que los competitivos, lo que afecta especialmente a los hogares más frágiles, con una renta reducida⁶³. Por otro lado, los márgenes empresariales son más elevados cuando falta la competencia, porque los precios de los bienes y servicios no son acordes a los costes de producción. De esta forma, se reduce el bienestar de los consumidores y aumenta el bienestar de los productores, ahondando en la desigualdad social⁶⁴.

Ante una subida de precios, producida por algún tipo de práctica anticompetitiva, las rentas más frágiles son las que tienen que soportar una mayor detracción de renta. Si se trata de bienes de primera necesidad o en países con menor nivel de desarrollo o en etapas de crecimiento estancado, es mayor el daño, y superior el deber de erradicar esas prácticas.

En todo caso, la detracción y desviación de renta puede ser elevada y conviene realizar un ejercicio de cálculo para determinar el daño de esas prácticas y, al tiempo, el ahorro que supone para el país el trabajo de la agencia de competencia. Por ejemplo, para el caso español, y según la evaluación realizada por técnicos de la CNMC del impacto de su actividad de defensa de la competencia, el ahorro estimado para los consumidores debido a los expedientes sancionadores en el período 2011-2018 fue de una media de 458 millones de euros anuales. La metodología se ha basado en el cálculo del aumento de precio que se ha evitado en los mercados afectados como consecuencia de la actuación de la agencia, bien por el desmantelamiento de cárteles, bien por las condiciones impuestas en

⁶³ La OCDE tiene publicados numerosos trabajos sobre la materia y mantiene permanentemente actualizados diversos estudios sobre competencia y sus efectos sobre desarrollo, renta e igualdad.

⁶⁴ Costas, A. (2017), *El final del desconcerto. Un nuevo contrato social para que España funcione*, Ediciones Península.

procesos de concentración empresarial. Esta evaluación comprende las intervenciones de la autoridad española de competencia en materia de conductas y concentraciones entre 2011 y 2018, y se han estimado los beneficios que estas intervenciones han supuesto para la sociedad. La tabla 1 muestra con más detalle los ahorros anuales conseguidos para los consumidores españoles⁶⁵.

Tabla 1: Ahorro anual para los consumidores por la intervención de la CNMC en defensa de la competencia (en €)

<i>Año</i>	<i>Ahorro anual (€, expedientes de 2018)</i>	<i>Expedientes incluidos</i>
2018	280.511.131	12
2017	92.630.448	8
2016	122.902.730	19
2015	2.319.227.862	22
2014	141.798.253	12
2013	207.647.667	22
2012	105.847.076	18
2011	398.787.573	23

Fuente: CNMC

La metodología empleada, al objeto de alcanzar cifras mínimas de ahorro, se basa en supuestos muy prudentes. Cualquiera otros, más similares a los utilizados por las agencias de otros países y organismos internacionales⁶⁶, conduciría a resultados de ahorro estimado para los consumidores bastante más elevados. Debe insistirse que esta sistemática de cálculo no tiene

⁶⁵ García-Verdugo, J. y Gómez, L. (2019), Impacto de las intervenciones de la CNMC en defensa de la competencia (2018).

⁶⁶ OCDE (2014), Guide for helping competition authorities assess the expected impact of their activities.

ninguna relación con las sanciones impuestas sino con el cese de las conductas.

En esta línea conservadora y prudente, se ha preferido no incluir en el cálculo los beneficios dinámicos del consumidor –mejoras en productividad o innovación- ya que, aunque existe un consenso sobre su enorme importancia, aún no existe una metodología contrastada para estimarlos. Por esta misma razón, tampoco se tiene en cuenta los efectos derivados de la disuasión producidos por la actividad sancionadora –las infracciones que se previenen- o por el control de concentraciones –las operaciones anticompetitivas que se descartan antes de proponerse a la autoridad de competencia-.

En concreto, el cálculo del ahorro para los consumidores se basa en tres variables: la dimensión del mercado afectado, el efecto sobre los precios que se ha evitado o eliminado debido a la intervención de la CNMC, y la duración del efecto sobre los precios, es decir, el tiempo que habría continuado la infracción si no se hubiera detectado. El análisis se puede ampliar con el efecto de las concentraciones, considerando únicamente aquellos en los que se ha producido una intervención de la autoridad de competencia en ejercicio de su papel de control, bien porque son prohibidas o porque son autorizadas con compromisos, tanto en primera como en segunda fase.

En síntesis, la actuación de las autoridades de competencia es capaz de producir un ahorro notable a los consumidores, con independencia de las ventajas asociadas directa e indirectamente al mejor funcionamiento de los mercados. Este menor coste, y como ya se ha indicado, tiene una mayor incidencia relativa en las rentas más débiles por lo que la actuación de las autoridades de competencia beneficia más a las economías frágiles.

En otro orden de cosas, debe señalarse que los objetivos de la política de competencia y regulación deben reunir junto con una visión jurídica, un análisis económico fundamental. La incorporación en el año 2000 de los primeros economistas, “Chief Economist Team”, a la Dirección General de Competencia de la UE, supuso un cambio radical en sus actuaciones, especialmente en materia de concentraciones y de imposición de sanciones. Permitió aumentar la calidad de las resoluciones y blindó con sus análisis las decisiones que, anteriormente, habían sufrido algunos tropiezos en el

Tribunal General por falta de fundamentación⁶⁷ y soporte de análisis económico.

Hoy ya no se discute del valor añadido del instrumental económico, como complemento del análisis jurídico y todas las ANC cuentan con equipos de expertos en Economía que ayudan a cuantificar efectos, detectar consecuencias de ilícitos, valorar concentraciones, calcular sanciones y, en general, ordenar la actuación de las agencias y la toma de decisión en las resoluciones, además de ofrecer una visión complementaria e insustituible en la fase de revisión en las distintas jurisdicciones.

Como tampoco se discute la eficacia que tiene la comunicación de las actuaciones de la Autoridad en la erradicación de las conductas ilícitas. El efecto reputacional que tiene sobre las empresas y sobre sus directivos la publicidad de las sanciones, se ha convertido en una herramienta en la batalla contra los monopolios y el abuso de posiciones de dominio. Pero casi tan importante como esto es que la comunicación contribuye eficazmente a promover la cultura de la competencia y el juego limpio entre los agentes económicos y políticos.

⁶⁷ Padilla, J. (2015). Fundamentos económicos del derecho de la competencia. Papeles de Economía Española, nº 145, pág. 57 y ss.

6. Instrumentos o herramientas para la defensa de la competencia en la detección de las prácticas ilícitas y caracterización de esas prácticas

Las autoridades o agencias nacionales de competencia disponen de una serie de instrumentos, de herramientas, para alcanzar sus objetivos. En el ámbito de la defensa de la competencia, estudian los posibles efectos negativos de las concentraciones de empresas y realiza un seguimiento de las aprobadas y al tiempo, investigan y sancionan las prácticas anticompetitivas a partir de denuncias o por propia iniciativa. En el ámbito de la promoción de la competencia, se elaboran estudios para mejorar las condiciones de competencia en los distintos sectores y mercados, y se realizan recomendaciones no vinculantes al sector público antes de que apruebe nuevas normativas, pudiendo impugnar en algunos países, aquéllas que tengan efectos anticompetitivos. Todo ello, con un entramado teórico sólido, en el que apoyan su actuación.

Además, las autoridades suelen vigilar que las normativas aprobadas por los distintos niveles de poderes públicos no fragmenten el mercado interior. En ocasiones, disponen de capacidad para recurrirlas ante los tribunales, y promover los valores de la competencia en la sociedad. En este trabajo se ha prestado especial atención a las cuestiones económicas⁶⁸.

En España, como ya se ha indicado, la principal norma sobre esta materia es la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, LDC. No obstante, cuando las conductas puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea, la referencia normativa fundamental son los artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE, que pueden ser aplicados por la Dirección General de Competencia, DGCOMP, o por las autoridades nacionales de competencia de los Estados Miembros.

El control de concentraciones tiene principalmente la función de evitar comportamientos anticompetitivos futuros (por tanto, se trata de una

⁶⁸ Para las cuestiones legales de carácter general sobre el derecho de la competencia se recomienda, entre otros, consultar Whish, R. y Bailey, D (2018), *Competition Law*, 9th Edition, Oxford. También en Fox, E.M., Gerard, D. (2017). *EU Competition Law. Cases, Texts and Context*. E.Elgar.

herramienta *ex ante*). Esto podría ocurrir sobre todo de dos formas: en primer lugar, la concentración puede otorgar un poder de mercado a una empresa que le permita actuar de forma unilateral, elevando los precios (efectos unilaterales); en segundo lugar, la concentración podría cambiar las condiciones del mercado relevante de forma que aumente la posibilidad de colusión entre las empresas que operen en el mismo (efectos coordinados o que facilitan la colusión)⁶⁹. También puede tratarse de eliminar al competidor.

En cuanto a los efectos unilaterales, es posible que una concentración alcanzara cierto poder de mercado para las empresas que forman parte de la operación, que podrían llegar a tener la capacidad de ejercer un dominio en el mercado que le permitiera tomar decisiones de forma unilateral, lo que producirá una disminución del excedente del consumidor y del bienestar de la sociedad.

Los efectos coordinados o que facilitan la colusión pueden producirse cuando, aunque la concentración no se tradujera en una empresa con poder de mercado, se generaran ciertas condiciones que facilitasen acuerdos colusorios. Generalmente, cuantas menos empresas haya en un mercado, más fácil será alcanzar acuerdos colusorios, ya sea explícita o tácitamente. Por cierto, debe recordarse que la colusión tácita es un problema serio de mal funcionamiento del mercado, que resulta complejo de perseguir.

No obstante, las concentraciones pueden generar, en ciertas ocasiones, eficiencias capaces de contrarrestar sus efectos negativos. Por ejemplo, es posible que la operación resulte en una empresa con mayor capacidad que pueda reducir los costes de producción y ofrecer precios más baratos. Por tanto, la función de las autoridades de competencia consiste en examinar los efectos positivos y negativos asociados a una concentración y valorar cuáles predominan.

Por estos motivos, la mayoría de los países tienen leyes que prevén la obligación de que las autoridades de competencia analicen las concentraciones de empresas. El término "concentración" en este contexto engloba las operaciones que generan un cambio estable del control de la

⁶⁹ Motta, M. (2018), *Política de competencia. Teoría y práctica*, Fondo de Cultura Económica, pp. 283 y ss.

totalidad o de parte de una o varias empresas, como consecuencia de una fusión, una adquisición total o parcial del control de otra empresa, o de la creación de una empresa en participación.

En España, la LDC (artículo 8) establece las circunstancias que hacen necesario someter una concentración al control de la autoridad de competencia. Estos supuestos se denominan “umbrales de notificación”, ya que determinan en qué casos las empresas tienen que notificar su operación. Estos umbrales varían entre las diferentes legislaciones nacionales; en el caso español, es necesario notificar la operación de concentración cuando a consecuencia de ésta se cumple alguna de las siguientes condiciones:

- Umbral de cuota: que se adquiriera una cuota de mercado igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional, o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. No será de aplicación la obligación de notificar en los casos en que el volumen de negocio o los activos adquiridos en el último ejercicio en España no superen los 10 millones de euros, y siempre que conjuntamente las empresas parte de la operación no tengan una cuota de mercado (individual o conjuntamente) igual o superior al 50% en cualquiera de los mercados afectados.
- Umbral de volumen de negocios: que el volumen de negocios en España del conjunto de las empresas que participan en la concentración sea superior a 240 millones de euros, siempre que al menos dos de las partícipes tengan un volumen de negocios en España superior a 60 millones de euros.

Las operaciones de concentración que están sujetas a la obligación de notificar, generalmente, no pueden ser ejecutadas hasta que se autoricen, y está prevista la imposición de sanciones a las empresas que lleven a cabo una concentración económica sin cumplir esta obligación, pudiendo variar esta normativa dependiendo del país de que se trate.

El procedimiento de control de concentraciones en la Comisión Europea y en otros países, también en España, está dividido en dos fases. En la primera fase, que en España dura un mes como máximo y en Bruselas 25 días laborables, se analizan las operaciones notificadas y se decide si la

operación debe ser rechazada, si es susceptible de ser autorizada –con o sin compromisos impuestos a las empresas partícipes– o si, por el contrario, la concentración requiere ser analizada más detalladamente por los problemas de competencia que pueda generar, lo que dará paso a la segunda fase del procedimiento, en la que ya se prevé la participación de terceros interesados.

En este segundo caso y tras el análisis más detenido de la operación de concentración en segunda fase, se resuelve si la concentración debe ser autorizada, con o sin compromisos, o prohibida. Cuando la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva, las partes puede presentar compromisos por propia iniciativa, o a instancia de la agencia o autoridad de competencia. En el caso en que los compromisos propuestos por la entidad notificante no se consideren suficientes para resolver los problemas de competencia que se hubieran identificado, se puede decidir imponer condiciones a la concentración que complementen o sustituyan a los compromisos de la notificante. En caso de que no existan compromisos o condiciones que permitan resolver los problemas de competencia identificados, o no sean admitidos por las partes, se podría prohibir la concentración, como ha sucedido recientemente (marzo, 2019) a nivel comunitario con la concentración Siemens/Alstom, que ha sido prohibida por la DGCOMP.

Sobre la decisión de la autoridad de competencia, puede existir en algún país, caso de España, un recurso al Gobierno que puede rectificar la decisión de la autoridad de competencia⁷⁰.

⁷⁰ Por ejemplo, en el caso de España, se produjo un Acuerdo del Consejo de Ministros del 24 de agosto de 2012, que suavizó las condiciones impuestas por la Comisión Nacional de Competencia el 13 de julio de ese mismo año a una concentración determinada en el mercado audiovisual. Desde entonces, no se ha vuelto a activar esta función.

Después de la prohibición de la concentración Siemens/Alstom por la Comisión Europea, algunos gobiernos nacionales han planteado la conveniencia de establecer un sistema análogo a la tercera fase que existe en España en el control de concentraciones comunitario con el objetivo de facilitar las concentraciones de empresas europeas de cara a la competencia con las grandes empresas de China y Estados Unidos.

Entre las prácticas anticompetitivas más usuales, se encuentran los acuerdos y prácticas concertadas o colusorias, que resultan tremendamente dañinas. Por ello, no se permiten los acuerdos y decisiones de empresas o asociaciones y prácticas concertadas o conscientemente paralelas, que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear la competencia. En particular, se prohíben aquellos que consistan en fijar precios o condiciones comerciales, limitar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, repartir el mercado o fuentes de aprovisionamiento, aplicar condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, y subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de esos contratos. Estas prácticas se dividen en dos tipos: acuerdos horizontales y acuerdos verticales. Y para todos ellos existen una serie de instrumentos de análisis.

Los acuerdos horizontales tienen lugar entre empresas competidoras y se consideran las infracciones más lesivas del derecho de la competencia. Entre las posibles infracciones de este tipo destacan los cárteles, que son acuerdos secretos entre competidores con el objetivo de fijar precios o cuotas de producción o venta, repartirse el mercado o restringir las importaciones o exportaciones. Por su gravedad, se consideran infracciones por objeto, es decir, el mero hecho de llegar a este tipo de acuerdos está prohibido, sin necesidad de demostrar que haya tenido efectos negativos en el mercado.

Otros acuerdos se consideran infracciones que deben ser analizadas por efectos, lo que significa que sólo puede sancionarse la conducta si se demuestra que ha tenido un impacto negativo en la competencia. Por ejemplo, los intercambios de información comercial sensible entre competidores son en algunos casos infracciones por efectos.

No obstante, debe recordarse que algunos acuerdos entre competidores están permitidos por razones de eficiencia, siempre que cumplan determinadas condiciones. Entre ellos están los acuerdos de producción conjunta, la creación de empresas en participación (*joint ventures*) o los acuerdos de compra conjunta, entre otros.

Por otro lado, los acuerdos verticales son aquellos que se suscriben entre dos o más empresas que operan en planos distintos de la cadena de

producción o distribución (excluyendo los acuerdos con consumidores finales) y que se refieren a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes y servicios.

Este tipo de acuerdos pueden producir consecuencias negativas en el mercado, como la exclusión de proveedores, la imposición de obstáculos a la entrada o a la expansión, la reducción de la competencia intramarca e intermarca, o la introducción de trabas a la integración de mercados.

Algunas de las restricciones verticales que se consideran de mayor gravedad son la fijación del precio de reventa o la restricción de las ventas a usuarios finales. No obstante, hay numerosos acuerdos que bajo determinadas circunstancias están permitidos, como aquellos que tienen que ver con derechos de propiedad intelectual, derechos de autor, marcas registradas, contratos de agencia o de subcontratación.

Otra práctica consiste en el abuso de posición de dominio. El artículo 2 de la LDC española y el 102 del Tratado prohíbe que una o varias empresas exploten abusivamente su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional, es decir, que se utilice esta posición dominante para restringir la competencia, debilitar a los competidores, obstaculizar la entrada a otras empresas o aplicar condiciones injustas o desiguales a clientes o proveedores.

Se considera que una empresa es dominante, o tiene posición de dominio, cuando puede actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores. Normalmente, se considera que con una cuota de mercado superior al 50% es muy probable que una empresa tenga posición de dominio, mientras que por debajo de un 40% normalmente no será dominante. No obstante, se deben valorar también otros criterios, como el número de empresas que hay en el mercado y qué cuotas tienen, las barreras a la entrada que existen o el poder de negociación que tiene la demanda.

Es importante resaltar que no se persigue el mero hecho de tener posición de dominio. Una empresa puede ser dominante porque es la más eficiente, la que mejores precios o mejores productos ofrece, de forma que su cuota de mercado ha llegado a ser muy alta como consecuencia de una gestión eficaz. Lo que se prohíbe es el abuso de esta posición para imponer peores

condiciones a los clientes o intentar expulsar a los competidores del mercado.

Generalmente se distingue entre dos tipos de abusos, explotativos y exclusionarios. Los abusos explotativos ocurren cuando la empresa con posición de dominio utiliza su poder de mercado para obtener precios o condiciones abusivos, o para tratar de forma desigual a sus clientes y consumidores, creando desventajas para algunos de ellos. Por otro lado, los abusos exclusionarios son aquellos en los que el operador dominante es capaz de expulsar del mercado a competidores igualmente eficientes por causas distintas a la competencia en méritos.

Algunos tipos concretos de abusos frecuentes son los siguientes:

- Acuerdos de compra exclusiva: exigir a un cliente que se provea exclusivamente o en gran medida de la empresa dominante, ya sea de forma contractual o de facto, siempre que esta obligación tenga efectos exclusionarios.
- Descuentos por exclusividad: la empresa dominante otorga descuentos a los clientes si siguen un determinado comportamiento de compra, como adquirir la mayoría de sus necesidades de la dominante (tiene efectos similares a un acuerdo de compra exclusiva).
- Vinculación y venta por paquetes ("*tying and bundling*"): la empresa con posición dominante en el mercado del producto X exige a sus clientes o consumidores comprar también el producto Y como condición para poder adquirir X, lo que puede generar efectos exclusionarios en el mercado de Y mientras se protege la posición dominante en el de X.
- Precios predatorios: la empresa dominante vende por debajo de coste con el objetivo de expulsar a sus competidores del mercado, con la intención de recuperar después la pérdida incurrida.
- Estrechamiento de márgenes ("*margin squeeze*"): una empresa con posición de dominio en el mercado "aguas arriba", si también opera en el mercado "aguas abajo", puede reducir el margen de los competidores en el mercado aguas abajo si necesitan adquirir su

producto aguas arriba. Para eso, basta que suba el precio del input mientras compite con ellos en el producto procesado aguas abajo, comprimiendo el margen de los competidores hasta excluirlos del mercado.

- Negativa de suministro: la empresa dominante deniega el suministro a un nuevo cliente de un bien o servicio indispensable, es decir, del que no existen proveedores alternativos (*essential facility*). Si se trata de un consumidor ya existente, la conducta puede considerarse abusiva si la actividad del cliente depende de ese input y la empresa dominante no tiene ninguna razón legítima para dejar de proveerle.

Pues bien, la detección de las prácticas anticompetitivas es uno de los ejes fundamentales de la actuación de las ANC, y para el correcto funcionamiento de una autoridad de competencia, es fundamental contar con una serie de instrumentos que faciliten la detección. De la fortaleza de las herramientas de que se disponga van a depender los éxitos de esa agencia.

Entre estas herramientas prácticas, debe destacarse la importancia de las inspecciones a empresas y directivos para lo que debe disponerse de la suficiente cobertura legal. También la disponibilidad de equipos y programas informáticos, además de personal cualificado.

También debe destacarse la importancia de contar en la estructura de la autoridad de competencia con una unidad de inteligencia económica para reforzar las investigaciones de oficio, especialmente en materia de contratación pública, otro de los focos críticos de atención para el buen funcionamiento de los mercados.

Mientras que los abusos de posición de dominio suelen ser denunciados por las empresas perjudicadas por la conducta, la detección de las conductas colusorias es más compleja. En ocasiones, cualquier autoridad de competencia puede actuar de oficio cuando dispone de indicios suficientes sobre posibles prácticas anticompetitivas, pero en muchas ocasiones se tiene conocimiento de estas conductas gracias a denuncias y, en el caso de los cárteles, mediante el denominado programa de clemencia, extendido ya en muchos países.

Cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, debe poder denunciar una práctica restrictiva de la competencia si tiene conocimiento de la transgresión de las normas de defensa de la competencia cuyo cumplimiento está sometido a la vigilancia de la autoridad de competencia de cualquier país. Normalmente, las denuncias deben realizarse por escrito, describiendo de forma precisa las conductas presuntamente anticompetitivas de las que tiene conocimiento, identificando a los responsables y aportando las pruebas de que disponga.

En esta línea, otra herramienta fundamental de detección es el ya citado programa de clemencia. Estos programas ofrecen la posibilidad, a las empresas que forman parte de un cártel (no suele ser aplicable al resto de las infracciones de competencia), que pongan en conocimiento de la autoridad de competencia la documentación sobre de su existencia, a cambio de recibir la exención o reducción de la multa que les correspondería. En todo caso, la exención o reducción de la multa solo debe concederse a empresas que no hayan estado entre los promotores del cártel, pero esta condición dependerá de la normativa de cada país.

La exención del pago de la multa se suele conceder únicamente a la primera empresa que presente la solicitud. A las empresas participantes en el mismo cártel que se acojan al programa en segundo lugar y sucesivos, normalmente se les aplicarán reducciones cada vez menores, siempre y cuando aporten información adicional. También pueden beneficiarse de la exención los directivos de la empresa solicitante que hayan participado en la infracción, siempre que colaboren durante la investigación.

En España, desde el inicio del programa de clemencia en 2008 y hasta 2019, ha habido más de 100 solicitudes de clemencia que han llevado al desmantelamiento directo de 29 cárteles (hay que tener en cuenta que no todas las solicitudes se aceptan, y que en un cártel puede haber más de una solicitud de clemencia). Desde 2014 a 2018, ha habido 12 resoluciones sancionadoras que se originaron en el programa de clemencia. Esto supone un el 34% de los cárteles desmantelados desde el inicio de la CNMC y avala el éxito del programa también en España.

En síntesis, las autoridades de competencia en la detección de las prácticas ilícitas, utilizan un amplio instrumental entre los que se encuentran, además de los citados, los estudios de mercado, las entrevistas con expertos, la

colaboración con medios académicos, los intercambios de información con ANC de otros países, técnicas matemáticas de sofisticación media, algoritmos, teoría de juegos cooperativos y no cooperativos, unidades de inteligencia económica, seguimiento de operaciones en medios de comunicación, etc., y también la promoción de competencia, poderoso instrumento *ex ante*, que por su importancia se comenta en otro apartado de este trabajo.

La experiencia de la CNMC ha demostrado la importancia que tiene el daño reputacional derivado de la publicación de las sanciones, tanto a las empresas como a sus directivos. El artículo 37 de la Ley 3/2013 obliga a publicar todas las actuaciones de la Autoridad. Tal circunstancia está permitiendo a la sociedad tomar conciencia de la necesidad de cumplir la Ley. Es decir, está contribuyendo a la necesaria labor de pedagogía que demanda la sociedad y que facilita un mejor conocimiento de las buenas prácticas y, en definitiva, un mayor cumplimiento de las normas.

Por su especificidad, se han incluido en el epígrafe siguiente las sanciones que se imponen como consecuencia de las prácticas colusorias, aunque sean instrumentos de la política de competencia. Hecha esta excepción, los instrumentos más habituales en las Agencias o autoridades de competencia, la mayoría de ellos incluidos, como se ha ido indicando, entre las herramientas con que cuenta la CNMC.

7. Sanciones a ilícitos de competencia

Por su eficacia en la defensa de la competencia y de la regulación, merece un tratamiento diferenciado la imposición de sanciones por parte de las ANC.

Las empresas y directivos que lleven a cabo algunas de las conductas anticompetitivas deben ser sancionadas por la autoridad de competencia con multas que deben ser proporcionales al daño económico causado y suficientemente disuasorias para erradicar la conducta de que se trate⁷¹. En el caso de la UE y de España, el importe de la sanción para las empresas puede llegar hasta el 10% de la cifra de negocio en el caso de ilícitos muy graves e inferiores si se trata de graves o leves. Como se ha dicho, también las empresas que incumplan la obligación de notificar una concentración o ejecuten la operación antes de la aprobación son sancionadas en numerosos países. Los directivos o representantes legales de una empresa sancionada que hayan intervenido en la infracción, también pueden ser sancionados con una multa.

En España, además, en aplicación de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, la CNMC puede proponer que se prohíba, a las empresas sancionadas por infringir las normas de defensa de la competencia, contratar con las Administraciones Públicas durante un determinado plazo de tiempo.

Desde su creación en 2013 y hasta 2018, la CNMC ha impuesto sanciones por un valor total de más de 1.030 millones de euros (descontadas las exenciones y reducciones por solicitud clemencia). La Comisión Europea, por su parte, impuso a Google su mayor multa hasta la fecha, por el asunto Google Android, que alcanzó 4.340 millones de euros, seguida de la

⁷¹ Sobre el carácter disuasorio de las sanciones hay abundantes contribuciones. Como enfoque general, puede consultarse: Combe, E. y Monnier, C. (2011), *Fines against hardcore cartels in Europe: The myth of overenforcement*, Antitrust Bulletin 235; Connor, J. (2007), *Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels*. Contributions to Economic Analysis 282; Heimler, A. y Mehta, K. (2012), *Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence*. World Competition 35; Wils, W. P.J. (2006). *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*. World Competition 29 (2): 183.

sanción impuesta a los fabricantes de camiones, de cerca de 3.000 millones en el año 2016 por un cártel sufrido en toda Europa entre 1997 y 2011.

La tabla 2 incluye el número de expedientes sancionadores aprobados por la autoridad española de competencia desde 2011 hasta 2018, incluyendo los tipos de sanciones (acuerdos colusorios o abuso de posición de dominio) y el importe anual de las sanciones impuestas. No se incluyen las sanciones como autoridad de supervisión y regulación de los mercados de energía, telecomunicaciones, audiovisual, transportes y postal.

Tabla 2: Resoluciones sancionadoras por infracciones de defensa de la competencia y multas impuestas* (2011-2018)

<i>Año</i>	<i>Resoluciones sancionadoras por cárteles y otros acuerdos</i>	<i>Resoluciones sancionadoras por abuso de posición de dominio</i>	<i>Sanciones (€) (descontadas las exenciones y reducciones por solicitud de clemencia)</i>
2011	22	7	233.674.589
2012	21	8	362.045.216
2013	22	2	184.522.479
2014	9	4	56.466.290
2015	21	1	517.724.244
2016	12	1	156.157.664
2017	6	4	110.403.390
2018	11	1	190.851.710

*Se excluyen los datos referidos a expedientes instruidos por las autoridades autonómicas de competencia

Fuente: CNMC.

Como se indicaba al comienzo de este epígrafe, el objetivo principal de las sanciones debe ser disuasorio, es decir, que eviten que las empresas tomen la decisión de incurrir en el futuro en prácticas anticompetitivas porque resulte claro que el coste esperado es mayor que el beneficio esperado⁷². Además de las sanciones pecuniarias, una herramienta importante de disuasión es el coste reputacional que supone para las empresas ser investigadas y sancionadas por prácticas de este tipo. Por otra parte, los clientes o consumidores afectados por una infracción de competencia pueden reclamar, por vía privada, los daños que hayan sufrido derivados de la infracción, lo cual introduce un componente adicional de disuasión, en algunos países y es de esperar que cuando se extienda en España, suceda lo mismo.

Las sanciones suponen un reproche a la conducta de las empresas sancionadoras que debería también ser un elemento de valoración reputacional de consumidores, accionistas y analistas financieros.

Al margen de las penas de prisión que incorporan algunos ordenamientos jurídicos, la función de disuasión solo se alcanza si la sanción es suficientemente significativa. Ahora bien, el monto de la multa debe ser proporcional al daño causado, estar orientado a la reparación y deseablemente superior al beneficio ilícito obtenido. No puede ser que resulte rentable la infracción ya que se estaría penalizando con ello el cumplimiento.

Otros factores, como la probabilidad de detección, la naturaleza de monoproducto o multiproducto de la empresa sancionada, la participación en el mercado afectado, la extensión en el tiempo de la práctica ilícita, etc., son elementos que deben considerarse en la cuantificación.

El ejercicio de la capacidad sancionadora es inseparable de las agencias de competencia, no entendiéndose que puedan existir unas sin otras, doctrina que está incorporada desde hace tiempo en todos los países que han prestado atención a esta cuestión central para el adecuado funcionamiento de los mercados, además de áreas supranacionales como la UE.

⁷² Becker, G. (1968), *Crime and Punishment. An Economic Approach*, Journal of Political Economy 76. También: Connor, J. y Lande, R (2012). *Cartels as rational business strategy: Crime pays*, Cardozo Law Review.

Otro factor a destacar es el efecto disuasorio conseguido a través de la comunicación pública del reproche sancionador. En este sentido, los medios de comunicación independientes y rigurosos, pueden convertirse en aliados de la política de defensa de la competencia, extendiendo el efecto disuasorio pero también colaborando a extender el conocimiento público de la cultura de competencia y sus beneficios en aras del interés general.

8. Promoción de la competencia

Como ya se ha indicado, otra de las herramientas potentes de política de competencia es la de promover la efectiva competencia en todos los mercados y sectores, a través de la información y la divulgación de los valores de la competencia y de las buenas prácticas. Con este objetivo, las áreas de promoción de la competencia de las ANC elaboran informes, estudios, guías y recomendaciones en los que analizan el funcionamiento de un sector o rama de actividad económica bajo la óptica de la competencia y de la regulación económica eficiente, proponiendo recomendaciones que, de forma alineada con el interés general, favorezcan una mayor competencia en los mercados.

La promoción de la competencia (*advocacy*), es una potente actuación ex ante de las agencias o autoridades de competencia para preservar el buen funcionamiento de los mercados en beneficio de los consumidores, de las otras empresas y naturalmente, del interés general.

Sobre su utilidad y potencia, existe consenso internacional y la promoción está atrayendo, de día en día, cada vez más la atención de autoridades de competencia que ya integran, como complemento eficaz de su actuación, el área de promoción. La declaración de la Red Internacional de Agencias de Competencia, ICN, International Competition Network, es clara⁷³ y con sus recomendaciones refuerza la fortaleza de este instrumento.

Las áreas de promoción de competencia, desde el punto de vista teórico y en varios de los países en que está implantada en la organización de la autoridad de competencia, tiene también la misión de guiar el comportamiento del sector público, especialmente en materia de contratación pública, regulación y ayudas públicas. La opinión

⁷³ "La promoción refuerza el valor de la competencia educando a los ciudadanos, empresas y reguladores. Además de apoyar los esfuerzos de las autoridades de competencia en la persecución de las conductas anticompetitivas, la promoción es una herramienta importante para evitar restricciones públicas a la competencia. En este contexto, promoción de la competencia se refiere a las actividades de las autoridades de competencia de promoción de un entorno competitivo mediante mecanismos no coactivos, principalmente a través de las relaciones con otras entidades gubernamentales y la concienciación a la sociedad sobre los beneficios de la competencia". www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/advocacy.

independiente de la agencia de competencia, debería ser valiosa para orientar a cualquier gobierno, aunque le suponga una cierta pérdida de control de la norma⁷⁴ o del mercado, lo que no debería ser un freno a su generalización.

En España existe una importante tradición de considerar las actividades de promoción ex ante como inseparables de las tareas de defensa de la competencia ex post (*enforcement*), desde la Ley de 1989, reforzadas en 2007 y, posteriormente en 2013, ya en el seno de la CNMC.

Por ejemplo, en España y entre los últimos informes realizados, es de destacar por su actualidad, un estudio de mercado sobre “Fintech” (E/CNMC/001/18), las nuevas entidades que prestan servicios financieros aprovechando las ventajas de las plataformas digitales, junto con otros varios sobre temas de actualidad en distintos mercados.

El área de promoción en España también elabora informes ligados a su función consultiva, como Informes de Proyectos Normativos (IPN) sobre actuaciones normativas, o informes sobre actuaciones no estrictamente normativas (por ejemplo, informes sobre pliegos de contratación pública).

Además, la CNMC, a impulsos de su área de promoción, está legitimada para impugnar ante los tribunales actos de las Administraciones Públicas, y disposiciones generales de rango inferior a la ley, de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. De manera análoga, la CNMC puede llevar a los tribunales determinadas cuestiones relacionadas con la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM)⁷⁵, tratando de facilitar el libre acceso, el ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional, bajo los principios de no discriminación, eficacia territorial, necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las Administraciones Públicas.

⁷⁴ López Vallés, J. (2019). La mejora de la regulación como elemento central de una política de competencia. ICE.

⁷⁵ Hortalà, J. (2015). Prólogo de la *Guía útil sobre la Ley del Unidad de Mercado: mecanismos de protección de los operadores económicos*, de Álvarez, M., Estoa, A., Fernández, G., Soler, P. Claves prácticas. Francis Lefebvre

En España y en este ámbito la actividad ha sido muy intensa, incluyendo recursos ante los tribunales contra diversas normas municipales y autonómicas sobre alquiler de viviendas turísticas, sobre alquiler de vehículos con conductor (VTC), sobre reserva de actividades económicas a determinadas titulaciones, todos ellos, temas de actualidad, que identifican esta función, como muy potente para mejorar el nivel de competencia y la regulación eficiente, siendo sus funciones similares a las realizadas para las tareas de *advocacy* en otros países.

Adicionalmente, debe señalarse que en el ámbito de promoción, no existen las reglas tan estrictas, en materia de plazos y garantías como en la aplicación de la normativa *ex post* de persecución de ilícitos, por lo que se resalta una práctica más flexible y rápida para favorecer la competencia.

9. La arquitectura institucional del modelo español de competencia y regulación: La CNMC.

Ante la inexistencia de un modelo de referencia de competencia y regulación único e indiscutible a seguir, lo importante desde el punto de vista de calidad institucional es contar con una autoridad de competencia y de regulación que funcione y que sea capaz de cumplir sus objetivos. El diseño normativo debe asegurar la imprescindible independencia. La obligación de transparencia en sus actuaciones será fundamental. Y el rigor, la pauta a seguir. Éste, y no otro, debería ser el andamiaje que regule en el futuro la andadura de la CNMC.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia fue creada en el verano de 2013⁷⁶, y entró en funcionamiento en septiembre del mismo año. Tras un mes de adaptación con las antiguas agencias, en octubre se realizaron las primeras actuaciones frente a terceros.

Es un organismo público independiente, cuyo objetivo principal es garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento y la existencia de competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios. Debe actuar con independencia del Gobierno y de las empresas y guiada por la búsqueda del interés general.

Este organismo nació de la integración en una sola comisión, de la autoridad española de competencia y de los diferentes reguladores sectoriales de la economía real que existían hasta ese momento: energía, telecomunicaciones, ferrocarriles y tarifas aeroportuarias, servicios postales y sector audiovisual.

La aparición de los diversos organismos se produjo por la necesidad de iniciar la liberalización de los sectores para adaptar la normativa española a la europea. En 1995 se creó la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, que fue sustituida en 1998 por la Comisión Nacional de Energía (CNE), y en 1996 se estableció la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), que fue reformada en 2010. En 2003 se creó el Comité de Regulación Ferroviaria (CRF). En 2010 tuvo lugar la creación del Consejo

⁷⁶ Ley 3/2013, de 4 de junio.

Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) y la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP). En 2011 se creó la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA). La transformación de la Autoridad de Competencia en autoridad independiente se produjo en 2007 con la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.

La integración de todos estos organismos en la CNMC debió responder a la necesidad de actuar con más eficacia, con una visión global de la realidad económica; para aprovechar las economías de escala y las sinergias, lo que se ha traducido en menores costes para los usuarios y las empresas; así como en una mayor seguridad jurídica y en la aplicación coherente y coordinada de la regulación y de la defensa de la competencia.

Aunque hay diferentes tipos de autoridades de competencia y de reguladores sectoriales en el ámbito mundial, no existe un modelo ni único, ni óptimo. Los modelos más habituales son: el modelo especializado, que existía en España hasta la creación de la CNMC, y que también es el de Francia o Italia; los modelos de integración parcial, como el alemán, que agrupa en un organismo todas las funciones de regulación sectorial (*Bundesnetzagentur*) y en otro las de competencia (*Bundeskartellamt*), o el modelo que integra en una misma autoridad la función de regulación y de defensa de la competencia correspondientes a un mismo sector, como sucede en el Reino Unido (OFCOM) o México (IFT) para el de telecomunicaciones; y finalmente, el modelo integrado, como el actual de la CNMC, que también existe en versión similar en Holanda (ACM), Australia (ACCC) y en algunos otros países.

Las funciones de la CNMC consisten en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y de la promoción de la competencia en los mercados; la regulación y la supervisión de las industrias reguladas, y la resolución de conflictos entre operadores económicos. Tales cometidos están directamente relacionados con el bienestar de la sociedad, con el cumplimiento de las normas y para favorecer la innovación.

En el cumplimiento de las funciones que se acaban de citar, la CNMC puede resultar molesta para los que pretenden crear o mantener relaciones de poder en los distintos sectores económicos, lo cual les permite extraer beneficios extraordinarios en perjuicio de los ciudadanos; y también para

el poder político, que en ocasiones puede sentirse inclinado a prestar atención preferente a las demandas de determinados grupos de interés económico. Por ello, este organismo necesita ser efectivamente independiente no solo del poder político, sino también de los grupos económicos más influyentes, que tienen recursos a su disposición para tratar de que sus opiniones y sus intereses estén bien presentes en los medios de comunicación y en la agenda de las instancias de gobierno.

En el día a día, la CNMC ejerce sus funciones a través de dos órganos de gobierno: el Consejo y el Presidente, que lo es también de su Consejo. El Consejo es el órgano colegiado de decisión y está integrado por diez miembros nombrados por el Gobierno, a propuesta del ministro de Economía y Competitividad, que deberán ser personas de reconocido prestigio y competencia profesional en el ámbito de actuación de la institución, previa comparecencia y aceptación de la persona propuesta ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. Su mandato es de seis años no renovables y está sometido a un estricto régimen de incompatibilidades. El Consejo puede actuar en Pleno o en dos Salas, una dedicada a temas de competencia (Sala de Competencia) y otra a supervisión de sectores regulados (Sala de Supervisión Regulatoria). El Pleno está integrado por todos los miembros del Consejo y presidido por el Presidente y en él se deciden los asuntos complejos que requieren unificar criterios y una solución integral, tanto de competencia, como de regulación.

Además, la CNMC tiene cuatro direcciones de instrucción (Competencia, Energía, Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, y Transportes y del Sector Postal) que ejercen sus funciones de instrucción con independencia del Consejo, que es el que se responsabiliza de la fase de resolución de los expedientes. Además, cuenta con un departamento de Promoción de Competencia, como área complementaria y de notable importancia para alcanzar sus objetivos y con Control Interno, que vela por el rigor en el cumplimiento de las funciones de la institución y ha permitido introducir innovadoras herramientas en la gobernanza pública (buzón de denuncias interno para proteger la independencia de los técnicos y registro de grupos de interés para encauzar las relaciones de los agentes con los técnicos a través de un código ético voluntario).

Por otra parte, hay que destacar que la CNMC contribuye, como otras ANC, al funcionamiento del mercado, al crecimiento económico, a la creación de empleo y a la reducción de la desigualdad de distintas maneras:

- Lucha contra los cárteles y los objetivos indebidos de los grandes grupos de interés que pueden reducir la competencia o alterar las reglas del juego en provecho propio, además de perseguir al resto de ilícitos de competencia.
- Asesora y evalúa la regulación pública, y la crítica cuando es innecesaria o produce rigideces que ahogan la iniciativa económica de los particulares y de las empresas. Es decir, se contribuye a crear un clima más favorable para los negocios, incorporando en el análisis a las empresas non natas. Clima de negocios que debe entenderse también de forma dinámica.
- Identifica reformas necesarias para el buen funcionamiento del sistema económico y lanza las correspondientes propuestas. Más competencia y más mercado. Conviene recordar que, en muchos países, las Administraciones Públicas están detrás de un gran número de barreras que limitan la competencia en los mercados.
- Evita la fragmentación del mercado interior.
- Detecta las barreras de entrada que impiden la participación de nuevas empresas y profesionales.

En síntesis, es la institución del Estado que debe rendir cuentas de su actuación al Parlamento y que se responsabiliza del buen funcionamiento de los mercados, en beneficio de consumidores y usuarios, coordinando su actuación con otras agencias de competencia, en ese entorno internacional al que ya se ha hecho referencia y en el que hoy se desarrollan las actividades económicas de forma habitual por la internalización de los mercados y la digitalización económica.

10. Reflexiones finales

Las consideraciones sobre la política de competencia y de regulación eficiente, sus objetivos e instrumentos y también sobre las instituciones responsables de su aplicación nos han permitido recordar el origen lejano de los conflictos en los mercados y en la determinación de los precios. Cuestiones que en esencia, con las transformaciones del tiempo, persisten en la actualidad. Parece que la condición humana cambia de ropaje pero insiste en sus comportamientos. De ahí la importancia de las instituciones, desde luego en la política y en la economía, pero también en los mercados y en su supervisión y regulación por el contrapoder que ejercen las ANC.

Las instituciones, no pueden ser débiles, fallidas o capturables. Y en el caso que presentaran alguna tendencia a ello, el Estado debe actuar de inmediato ya que el coste de no hacerlo puede ser muy elevado, especialmente con la velocidad actual del cambio y los desafíos a los que ya se ha hecho referencia.

Por cierto, todo ello con independencia de la arquitectura institucional que cada país haya decidido. Las resoluciones siempre están más condicionadas por las personas que las adoptan que por el modelo sobre el que esté construida la institución. Reflexión que nos conduce a la responsabilidad en la elección de sus integrantes que, en un sistema moderno, debe estar siempre y necesariamente más próximo al mérito y al control del Parlamento.

Por tanto, estas instituciones son esenciales para garantizar la eficacia de la competencia y de la regulación. Constituye una política de Estado, pues es una de las pocas herramientas que conserva para realizar reformas estructurales y proteger a los consumidores de los fallos del mercado interior en un proceso en el que ha cedido la política monetaria a la Comisión Europea.

Recordemos que las manifestaciones del Estado son y están en el centro y periferia del comportamiento económico. Tirole⁷⁷ recuerda que el Estado es comprador, es legislador, se refleja en el poder ejecutivo, a menudo es árbitro de los mercados... y define las reglas mediante el derecho de la

⁷⁷ Tirole, J. (2016). *Économie du Bien Commun*. 1ª ed. en castellano 2017. *La Economía del Bien Común*. Pág. 379 y ss.

competencia, y que todas esas funciones pueden ser desempeñadas, o no, correctamente. Pero también nos recuerda que en este proceso caben muchas influencias por parte de los grupos de interés organizados. Todo ello conduce a que los políticos de cualquier país no sean siempre favorables a la competencia y supervisión independiente.

En estos momentos en los que las certezas escasean, conviene recordar también que la competencia no es un bien en sí mismo, es un instrumento –eso sí, imprescindible- para conseguir otros objetivos de rango superior, equidad, justicia, libertad. Es decir, para procurar el bien común a través de la defensa del interés general. Por tanto, la política de competencia y regulación no parece una cuestión menor, muy al contrario, constituye una reforma estructural de primer orden y su mantenimiento, un objetivo primordial.

Muchas gracias.

Referencias bibliográficas

- Ahlborn, C., Evans, D., & Padilla, A. (2001). Competition Policy on Internet Time: Is European Competition Law Up to the Challenge? *European Competition Law Review*, 22.
- Alcaide, C. (2015). La evolución de la política de defensa de la competencia. ICE N° 826.
- Baker, A. (2005). The Three-Dimensional Governance of Macroeconomic Policy in Advances Capitalist World. En *Governing Financial Globalization International Political Economy and Multi-Level Governance*. Baker, A., D. Hudson y R. Woodward, eds.
- Baker, J. (2015). Antitrust, Competition Policy and Inequality. Georgetown University Law Center, Georgetown Law Library. Obtenido de <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1462>
- Balbín, P. F. (1998). La retórica contra la competencia en España (1875-1975). Fundación Argentaria.
- Baldwin, R. C. (2013). *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford.
- Barber, W. (1971). *Historia del Pensamiento Económico*.
- Becker, F. (2018). ¿Regular para qué? ICE, n° 905.
- Becker, G. (1968). Crime and Punishment. An Economic Approach. En *Journal of Political Economy* 76. .
- Berenguer, L., & Giner, C. (2010). Los Fines del Derecho de la Competencia en España y sus Antecedentes en España. En *La Nueva Legislación Española ante la Evolución del Derecho de la Competencia*.
- Besanko, D., & Perry, M. (1991). Resale Price Maintenance and Manufacturer Competition for Exclusive Dealerships. *Journal of Industrial Economics*, 39.
- Borrell, J., & Jimenez, J. (2008). The drivers of antitrust effectiveness. *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, 185-

- (2/2008): 69-882008. Obtenido de http://ww.ub.edu/gim/wp-content/uploads/2013/10/185_drivers.pdf
- Buccirossi, P., & Spagnolo, G. (2005). Optimal Fines in the Era of Whistleblowers. Should Price Fixers still Go to Prison? Lear Research Paper No. 05-01. Obtenido de Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=871726> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.871726>
- Cases, L. (1995). Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia.
- Castañeda, A. (2014). Algunos Recuerdos y Reflexiones en el Cincuentenario de la Primera Ley de Defensa de la Competencia en España. *Revista de Información Comercial Española*, N° 876. Enero-Febrero 2014. Obtenido de http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_105-124_59B51ABC45C33845B63FA26DDA5CFB9F.pdf
- Coase, R. (1972). Durability and Monopoly. *Journal of Law and Economics*, 15.
- Combe, E., & Monnier, C. (2011). Fines against hard core cartels in Europe: The myth of overenforcement. En *Antitrust Bulletin* 235.
- Connor, J. (2007). Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels. . En *Contributions to Economic Analysis* 282.
- Connor, J., & Bolotva, Y. (2016). Cartel Overcharges: Survey and meta-analysis. En *International Journal of Industrial Organization* 24.
- Connor, J., & Lande, R. (2012). Cartels as rational business strategy: Crime pays. En *Cardozo Law Review*.
- Costas, A. (2017). El final del desconcierto. Un nuevo contrato social para que España funcione. Ediciones Península.
- Cournot, A. (1938). *Recherches sur les principes mathématiques de un théorie des richesses*.
- Cuerdo, M., & Briones, J. (2013). Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia. En 3. Javier Guillén, *Cuestiones actuales del*

procedimiento sancionador en el derecho de la competencia.
Civitas.

- Demsetz, H. (1986). La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos. Alianza Universidad.
- Directiva UE 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo. . (11 de diciembre de 2018.). Diario Oficial de la UE. 14 de enero de 2019.
- Dupuit, J. (1844). De la mesure de l'utilité des travaux publics.
- Entrevista a la Comisaria Europea M. Vestager. (2019). Financial Times, marzo 2019, reproducida en Expansión, 2 de abril de 2019.
- EPSC. (2019). EU Industrial Policy after Siemens-Alstom. European Political Strategy Center. Marzo.
- Fernández Ordóñez, M. A. (2000). La competencia. Alianza Editorial.
- Fox, E., & Gerard, D. (2017). EU Competition Law. Cases, Texts and Context. E.Elgar.
- Freixas, X., Guesnerie, R., & Tirole, J. (1985). Planning under Incomplete Information and the Ratchet Effect. Review of Economic Studies, Vol(52)2, N° 169, Abril 1985.
- Furman, J., & otros., y. (2019). Unlocking digital competition.
- Gámir, L. (., Casares, J., & Velasco, C. (. (2019). Política Económica de España,. Alianza Editorial (en prensa).
- García-Verdugo, J. (2005). El diseño institucional de la CNMC. Análisis crítico y propuestas de reforma. . En *Papeles de Economía Española*.
- García-Verdugo, J. (2015). Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas. En *Documento de trabajo. Serie de Política de la Competencia*. CEU-IUEE 48.
- García-Verdugo, J., & Gómez, L. (2019). Impacto de las intervenciones de la CNMC en defensa de la competencia (2018).
- González, R. (1946). Franciso de Vitoria, Estudio Bibliográfico. B.A.

- Grice-Hutchinson, M. (1952). The School of Salamanca.
- Guerra, A., & Rodríguez, A. (2007). La Nueva Ley de Defensa de la Competencia: Principales novedades. *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*/ 18-2007.
- Guindos, B., Fornells, J., & Roig, F. (2018). Novedades en la aplicación de la política de competencia de la Unión Europea en 2018. *ICE* N° 903.
- Hart, O. (1983). The Market Mechanism as an Incentive Scheme. *Bell Journal of Economics*, 14.
- Hart, O. (1985). Imperfect Competition in General Equilibrium: An Overview of Recent Work. K. Arrow y S. Honkapohja (eds.), *Frontiers of Economics*.
- Hart, O., & Tirole, J. (1990). Vertical Integration and Market Foreclosure. *Papers on Economic Activity. Microeconomics*, Vol 1990.
- Hart, O., & Tirole, J. (1990). Vertical Integration and Market Foreclosure. *Brookings Papers on Economic Activity*, Washington: Brookings Institution, vol. 1990 "Microeconomics", 1990.
- Heimler, A., & Mehta, K. (2012). Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence. En *World Competition* 35.
- Hortalà, J. (2015). Prólogo de la Guía útil sobre la Ley del Unidad de Mercado: mecanismos de protección de los operadores económicos. En M. E. Álvarez, *Claves prácticas*. Francis Lefebvre.
- ICN. (2016). The Future of the ICN in its second decade. Final Report. Obtenido de <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1089.pdf>.
- Jenny, F. (2016). The institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends. Obtenido de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2894893>

- Kovacic, N. (2011). Competition Agencies, Independence and the political process. En J. K. Drezl, *Competition Policy and the Economic Approach-Foundations*.
- Kovacic, W. (2006). Using Ex Post Evaluations to improve the performance of Competition Policy Authorities. *The Journal of Corporation Law*, Vol. 31, No. 2. GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-5. GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-5. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1983339
- Kovacic, W. E., & Shapiro, C. (2000). Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*.
- Laffont, J. J., & Tirole, J. (1987). Comparative statistics of the optimal dynamic incentive contract. *European Economic Review*, Vol 31, tema 4, Junio 1987.
- Laffont, J., & J. Tirole, J. (1988). Repeated Auctions of Incentive Contracts, Investment and Bidding Parity with an Application to Takeovers. *The Rand Journal of Economics*, Vol 19, N° 4, Invierno 1988.
- Laffont, J., & Tirole, J. (1987). Auctioning Incentive Contracts. *Journal of Political Economy*, Vol 95, N°5, Octubre 1987.
- Laffont, J., & Tirole, J. (1988). The Dynamics of Incentive Contracts. *Econometrica*, Vol 56, N° , Septiembre 1988.
- Laffont, J., & Tirole, J. (1993). Cartelization by regulation. *Journal of Regulatory Economics*, Junio 1993, Vol 5, Tema 2.
- Ley 110/1963 , de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. (s.f.). BOE N° 175, de 23 de julio.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. (s.f.). BOE n° 159, de 4 de julio.
- Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia. (s.f.). BOE n° 170, 18 de julio.
- López Vallés, J. (2019). La mejora de la regulación como elemento central de una política de competencia. ICE.

- Maggetti, M. (2012). *Regulation in Practice: the Fact Independence or Regulating Agencies*. Colchester.
- Marín, J., & García-Verdugo, J. (2003). Bienes públicos globales, política económica y globalización.
- Marín, J., C., V., Escribano, G., García-Verdugo, J., San Martín, E., & Consuegra, M. (2015). Políticas Microeconómicas I. En C. R. (dir.), *Política Económica, Capítulo 13*. McGraw-Hill.
- Mas-Colell, A. (1985). *The Theory of General Economic Equilibrium: A Differentiable Approach*. Cambridge University Press.
- Medina, J. (1546). *Codex de Restitutione et Contractibus*.
- Mercado, T. (1569). *Tratos y Contratos de Mercaderes y Tratantes*. Universidad de Salamanca, 2017.
- Mises, L. (1949). *La Acción Humana*, Cap 16.
- Molina, L. (s.f.). *De Iustitia et Iure, Tomus Secundus*. En 1597, *Contractibus*.
- Motta, M. (1992). Cooperative R&D and Vertical Product Differentiation. *International Journal of Industrial Organization*, 10.
- Motta, M. (2018). *Política de Competencia. Teoría y Práctica*. Cambridge University Press.
- Motta, M. (2018). *Política de competencia. Teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica.
- OCDE. (2014). *Guide for helping competition authorities assess the expected impact of their activities*.
- OCDE. (2014). *The Governance of Regulators. OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*. París: OECD Publishing. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209015-en>
- OECD. (2016). *Being an Independent Regulator: The Governance of Regulators*. París: OECD Publishing. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255401-en>.

- Padilla, J. (2015). Fundamentos económicos del derecho de la competencia. . En *Papeles de Economía Española*, n° 145.
- Pascual, C. (2018). Los beneficios sociales de la competencia y su defensa. ICE, N° 905.
- Platform Competition in Two-Sided Markets. (2003). *Journal of the European Economic Association*, 1 (4).
- Porter, M. (1980). *Competitive Strategy*. Nueva York: Free Press.
- Posner, R. (1969). *Natural Monopoly and Its Regulation*. Cato Institute.
- Posner, R., & Easterbrook, F. (1981). *Antitrust Cases, Economic Notes and Other Materials*. St. Paul: West.
- Rochet, J., & Tirole, J. (2002). Cooperation among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations. *The RAND Journal of Economics*, 33(4).
- Rochet, J., & Tirole, J. (2003). Platform Competition in Two-Sided Markets, . *Journal of the European Economic Association*, Vol 1, Tema 4, Junio 2003.
- Rochet, J., & Tirole, J. (2006). Two-sided markets: a progress report. *The Rand Journal of Economics*, Vol 37, Tema 3, Septiembre 2006.
- Rochet, J., & Tirole, J. (2008). Tying in two-sided markets and the honor all cards rule. *International Journal of Industrial Organization*, Vol 26, Tema 6, Noviembre 2008.
- S., A., Capiau, J., & Sinclair, A. (2015). Principles for the Independence of Competition Authorities. En *Competition Law International 2, Vol. 11. No.1- April 2015*.
- Salas, J. (1617). *Commentarii in Secundam Secundae*.
- Salas, J. (1617). *Tractatus de Emptione et Venditione*.
- Schwartz, P. (2018). La libre competencia en una economía abierta, dinámica. ICE N° 905.
- Sherman, J. (1890). *Act to Protect Trade and Commerce against Unlawful Restraints and Monopolies*.

- Shumpeter, J. (1971). *Historia del Análisis Económico*.
- Smith, A. (1759). *Teoría de los Sentimientos Morales*.
- Smith, A. (1776). *La Riqueza de las Naciones*.
- Spulber, D. F. (1989). Antitrust Enforcement under Asymmetric Information. *Economic Journal*, 99.
- Thisse, J., & Cabrales, A. (1997). On the Persistence of Leadership or Leapfrogging in International Trade. *International Economic Review*, 38.
- Tirole, J. (1990). *La Teoría de la Organización Industrial*. Ariel Economía.
- Tirole, J. (1990). Vertical Integration and Market Foreclosure. *Brookings Papers on Economic Activity*, núm. Extraord.
- Tirole, J. (2015). Fallos de mercado y políticas públicas. . En *Papeles de Economía Española*, nº 145.
- Tirole, J. (2016). *Économie du Bien Commun*.
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. (2002). Versión consolidada. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 24/12/2002.
- Tratado de funcionamiento de la UE. (2010). Versión consolidada. Diario Oficial de la UE, 30/03/2010.
- Tratado de la Unión Europea. . (2010). Versión consolidada. Diario Oficial de la UE, 30/03/2010.
- Two-Sided Markets: A Progress Report. (2006). *RAND Journal of Economics*, 37 (3).
- Vasconcelos, H. (2002). Merger Remedies in the European Union: An Overview. *Antitrust Bulletin* (en prensa).
- Whish, R., & Bailey, D. (2018). *Competition Law*. Oxford.
- Wils, W. P. (2006). Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. . En *World Competition* 29 (2): 183.

DISCURSO DE CONTESTACIÓN
DEL ACADÉMICO DE NÚMERO
EXCMO. SR. DR. D. FERNANDO BECKER ZUAZUA

Excelentísimo Sr. Presidente,

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores Académicos,

Señoras y Señores:

Quiero agradecer, en primer lugar, el honor que me habéis dispensado de contestar en nombre de esta Real Academia, el discurso de ingreso del Doctor Don José María Marín Quemada, que con el título "Política de Competencia y Regulación", acabamos de escuchar.

En primer lugar y para cumplir este trámite de bienvenida al Doctor Marín Quemada, considero adecuado dentro de las más elementales reglas de cortesía, relatar brevemente su trayectoria profesional y académica, cuyos logros le ameritan ampliamente como nuevo Académico de esta Corporación.

El doctor Marín Quemada es Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Complutense de Madrid y reúne en mi modesta opinión tres facetas que le dan un lustre especial a su brillante carrera profesional. La primera hace referencia a su ya dilatada experiencia como docente e investigador. Se doctoró en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Complutense de Madrid en 1975, su carrera académica se inicia como Profesor Adjunto Numerario de Política Económica en 1978 en la misma Universidad, para luego ganar la Catedra de Política Económica en la Universidad de Valencia en 1984. Inmediatamente después, en el año 1985, vuelve a Madrid también como Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad de Educación a Distancia (UNED), función que desempeña hasta la actualidad. Su larga experiencia investigadora, se concreta en la dirección de más de una docena de tesis doctorales, su participación en diez proyectos de investigación competitivos y en más de veinte no competitivos. Es además autor de cuarenta publicaciones editadas en los últimos diez años y en más de cincuenta en los años precedentes. Asimismo, ha impartido ciento setenta y cuatro conferencias en la última década lo que refleja su amplio perfil no solo como investigador, sino también como divulgador. No es por tanto exagerado afirmar, que reúne todas las condiciones para ser aquello que

hoy denominamos como un auténtico *influencer* de la economía. La segunda faceta que quisiera enfatizar es su perfil empresarial, que ha compatibilizado con especial dedicación y sabiduría con las tareas de investigación y docencia. Esta cualidad suya, quisiera resaltarla muy especialmente, sobre todo porque requiere un gran esfuerzo personal, lo que indica que valora sobremanera su vocación universitaria. Todos somos conscientes de la enorme exigencia y competencia que exige la gran empresa multinacional. Me refiero a su paso por dos sectores decisivos de la economía, la energía y el transporte aéreo. En relación con el primero, y más concretamente en relación con el apasionante mundo del petróleo, permaneció como alto directivo durante doce años en el Grupo Cepsa, y en cuanto al segundo, ha formado parte de una de las empresas clave del transporte aéreo como es Iberia. Estas experiencias le permiten conjugar su función de docente e investigador con la perspectiva de la realidad de la empresa y de los mercados. Casi me atrevería a señalar que resulta incomprensible cómo se puede explicar el funcionamiento de la economía sin haber participado en los procesos de producción y de cambio, es decir de la economía en la práctica. Asimismo, su paso por el sector real de la economía, se ha visto completado con el conocimiento de la economía financiera. Los años de consejero del Banco de España entre los años 2005 y 2013 y su pertenencia al Consejo de Gobierno del Banco le han facilitado el mejor conocimiento del funcionamiento de los mercados monetarios y financieros y de las empresas de servicios financieros. Siendo además testigo directo de la evolución y desarrollo de dos acontecimientos relevantes de la actualidad económica, por un lado, de la mayor crisis económica conocida después de la acaecida en los años treinta, denominada como la “Gran Recesión” y por otro, la puesta en funcionamiento del principal proyecto monetario de los últimos tiempos, y del que forma parte España, el euro.

Pero también quisiera rematar este breve recorrido biográfico con su tercera faceta, la de servidor público. Desde septiembre del año 2013 hasta la actualidad el Doctor Marín Quemada preside uno de las instituciones más importantes del Estado español, la “Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”. Cuestión ésta sobre la que volveré en relación con el espléndido discurso que acabamos de escuchar. Su compromiso hacia la sociedad también se manifiesta en su permanente disposición para colaborar en diferentes instituciones y diversas actividades. Ha sido miembro fundador de la Fundación Economistas sin

Fronteras que viene trabajando desde 1997 en la reducción de la desigualdad y la pobreza, en pos de una economía más justa y solidaria. Formó parte entre los años 1978 y 1998 de la Cámara de Comercio de Madrid, actuando como miembro del Comité Ejecutivo a la vez que presidía las Comisiones de Economía y Fomento. Asimismo, forma parte del Comité Científico de uno de los *think tank* más renombrados internacionalmente como es el Real Instituto Elcano. También dedica parte de su tiempo como miembro del Consejo de Redacción de una de las publicaciones de referencia en el mundo de la economía, como es la Revista Información Comercial Española que edita el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Y lo que es más importante, en la actualidad es el presidente de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC), lo que supone un auténtico lujo para nuestra Academia. No solo porque incorporamos a un importante representante de una alta institución del Estado, sino porque también contribuye en una relevante mejora cualitativa a nuestro acervo común.

Al Dr. Marín Quemada le tenemos que agradecer el interesante discurso que acaba de relatar. Nadie mejor que él para efectuar un pormenorizado recorrido en el tiempo de una de las cuestiones que suscitan el mayor interés y que además producen sin lugar a dudas un gran impacto en el acontecer diario de la economía. Desde su privilegiado observatorio, como es la presidencia de la CNMC, ha construido todo un ensayo que inicia desde los prolegómenos del pensamiento económico, reflexionando sobre los fundamentos teóricos que garantizan el buen funcionamiento de los mercados, para luego repasar toda la doctrina jurídica a que ha dado lugar la búsqueda de un modelo de competencia perfecta y sus correspondientes medidas correctoras de aquellas malas prácticas derivadas del abuso de poder de mercado. Toda esta maquinaria exige el diseño y la implementación de una arquitectura institucional perfectamente asentada sobre varios principios, como son: la independencia de los poderes fácticos, la autonomía financiera, el rigor en sus actuaciones y un procedimiento de rendición de cuentas ajustado al sistema democrático. Como resultado en el acierto de un buen diseño, se alcanzará o no, un elevado "dividendo social". En este sentido el Dr. Marín Quemada es categórico al afirmar que las Agencias Nacionales de Competencia (ANC) son esenciales para garantizar la política de competencia y regulación.

Resulta muy encomiable el ejercicio de investigación que nos ha relatado, en el que consigue aflorar las primeras contribuciones, que partiendo de los

primeros conceptos aristotélicos del monopolio, los escolásticos españoles agrupados en torno a la Escuela de Salamanca en el siglo XVI dieron los primeros pasos sobre cuestiones tan relevantes como son: la conformación de los precios, el funcionamiento del mercado y el concepto de "precio justo". No resultaría exagerado admitir, que las primeras aproximaciones a los fundamentos de lo que hoy podemos aceptar como ciencia económica -relativamente moderna-, vienen de la mano de los clérigos, primero españoles y luego escoceses. Resulta paradójico que van a ser autores británicos, como Marjorie Grice-Hutchinson del *King's College*, especialista en historia del pensamiento económico, que en su contribución "*The School of Salamanca: Readings in Spanish Monetary Theory 1544-1605*" (1952) pone de relieve la importancia de los trabajos de dominicos y jesuitas en el tratamiento de los problemas económicos que preocupaban en aquel momento, y que no eran otros que el buen funcionamiento de la vida diaria de los españoles. Personajes como Domingo de Soto, Martín de Azpillicueta, Francisco de Vitoria, Tomás de Mercado, Juan de Medina, Luis de Molina o Pedro de Valencia, entre otros, se ocupan de los problemas sobre el funcionamiento del mundo de los negocios, el dinero, los precios y del comercio en general. Tesis ésta que ya José Larraz, biografiado espléndidamente por José Ángel Sánchez Asiaín y Juan Velarde Fuertes⁷⁸, había anticipado en 1943. Todo ello a pesar del escepticismo mostrado por el renombrado economista Joseph A. Schumpeter en cuanto a la idea de la existencia de una escuela de pensamiento propiamente española. Sin embargo, si aceptamos que en los primeros compases de la edad moderna, las órdenes religiosas todavía seguían representando una de las principales vías de intercambio cultural, no sería de extrañar que, como reivindica nuestro flamante académico el Dr. D. José María Marín Quemada, se hubiera producido una cierta influencia de frailes y filósofos españoles sobre fisiócratas y mercantilistas. Aunque éstos fueran de muy variada procedencia y aparecieran con muchos años de retraso, y que, con sus matices, también ha estudiado nuestro querido compañero el académico Dr. D. Victoriano Martín Martín.

Mucho tiempo ha transcurrido desde entonces, pero a pesar del espectacular avance de las ciencias y del conocimiento experimentado desde entonces, la raíz de los problemas subsiste, cambian el entorno, los

⁷⁸ Larraz, J. (2006). Memorias. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid

usos y costumbres, pero cuestiones tales como la formación de los precios, el funcionamiento de los mercados, la libertad de comercio o la distribución de la riqueza, siguen ahí, sin resolverse del todo. También es verdad que hemos ahondado en el mejor y mayor conocimiento de estos fenómenos lo que ayuda a acercarnos al óptimo en la mejor solución de los problemas. Del valor de las cosas (cuestión muy relacionada con la moral) saltamos a los precios como mejor elemento conocido para su medición. Sin mercado difícilmente puede conseguirse un precio de equilibrio, de lo que se infiere que todo aquello que distorsione su buen funcionamiento será negativo para una mejor asignación de los recursos. Nociones como regulación, o reglas, que garanticen un orden de competencia serán imprescindibles para la consecución de un mayor bienestar y riqueza.

El combate que se ha librado para preservar los principios de libertad de comercio y evitar las posiciones de dominio de mercado o de abuso de poder no han cesado desde entonces. De la autoridad de los tribunales de justicia para dirimir todas aquellas cuestiones consideradas injustas o de quebranto entre ciudadanos, hay que esperar hasta mediados del S. XVIII y principios del S. XX, que es cuando se comienzan a perfilar leyes específicas y autoridades reguladoras garantistas de la libre competencia.

La Sherman Act (1890) diseñada para limitar los monopolios y la Clayton Act (1914) que venía a mejorar la anterior, aquí citadas, así como también la preocupación demostrada por los legisladores americanos en la creación de La Comisión Federal de Comercio (1915), inician un camino de no retorno, que con sus debates y diferentes soluciones no ha dejado de avanzar. En los tratados constitutivos de los países más desarrollados se refleja de una u otra manera la necesidad de preservar el buen funcionamiento de la economía de mercado. La relación mercado-bienestar es la mejor de las conocidas hasta ahora. Es por ello, que se hace perentorio extremar el cuidado de cada uno de los dos componentes de este maridaje hasta hacerlo óptimo. Por otra parte, resulta generalmente aceptado que la competencia empuja por sí misma hacia una reducción de los precios en beneficio de los consumidores, reduce los costes de las empresas y mejora la asignación de recursos. Además, supone un incentivo para la innovación lo que se traduce en un aumento de la productividad y por ende de la riqueza. Sin embargo, Jean Tirole, Nobel de Economía (2014) por sus aportaciones sobre el poder de las empresas, la competencia y su regulación, y actual profesor de la prestigiosa École des Hautes Études en Sciences Sociales, concluye en sus investigaciones sobre la organización

industrial, que la competencia por desgracia pocas veces es perfecta⁷⁹. La realidad parece demostrar que resulta difícil, sino imposible, aplicar una regulación que resuelva satisfactoriamente todos y cada uno de los casos que se presenten. Entre otras causas hay que admitir que los administrados suelen ir por delante de los reguladores, y que éstos carecen en la mayoría de los supuestos de la información suficiente sobre los costes de producción y las condiciones de la demanda, lo que requerirá un análisis pormenorizado. La teoría de la organización Industrial también presenta sus limitaciones, toda vez que damos por válido el hecho de que nos movemos cada vez más en un entorno de mercados imperfectos, ello que implicaría que la eficacia de las políticas públicas podría no ser siempre la más adecuada, porque al igual que existen fallos de mercado, también se producen fallos del Estado, y a veces clamorosos. Asimismo, la noción de equilibrio competitivo medido en términos de precios sombra que recogen la diferencias entre beneficio privado y beneficio social puede resultar un tanto tosca en relación con el cálculo y actualización del sistema impuesto-transferencia, que debería igualar los precios sombra a los de mercado⁸⁰. Tampoco resultaría desafortunado echar en saco roto la tradición liberal a este respecto, que sin rechazar que se puedan producir situaciones de poder de mercado, introduce los aspectos dinámicos en el análisis económico, ya que entiende la economía no como una relación estática, sino como un proceso. Schumpeter⁸¹ conceptúa como estática toda relación que conexiona cantidades económicas referentes al mismo punto temporal, mientras que, en su modelo dinámico, a diferencia del de Marshall-Wicksell, contempla la economía como un proceso, en el que toda relación que conecta cantidades económicas, lo hace en diferentes puntos temporales. Más concretamente, y como ocurre en el supuesto del monopolista, éste intentará maximizar los beneficios no para un solo momento, sino para todo lapso de tiempo. Por consiguiente, las situaciones de monopolio serán transitorias puesto que la economía está en constante progreso y precisamente el incentivo de llegar a una posición de dominio

⁷⁹ Tirole, J. (2014). Conferencia en memoria de Jean-Jacques Laffont. Reproducida mediante artículo "Fallos del Mercado y Políticas Públicas" en *Papeles de Economía Española* nº 145. FUNCAS. Pág. 2. Madrid 2015.

⁸⁰ Gamir Casares, L. y Durá Juez, P. (2013). *La Economía de las Agencias Reguladoras*. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. Pág. 17.

⁸¹ Schumpeter, J.A. (2004). *Historia del Análisis Económico*. Publicada sobre la base del manuscrito por Elizabeth Boody Schumpeter. Parte V, Fundación ICO. tf. Editores. Madrid. Pág. 1066.

obliga a los empresarios a iniciar nuevos proyectos, es decir a innovar, de ahí que se atribuya a Schumpeter la expresión de “destrucción creadora”. Este sería el principal punto de apoyo en torno al que se aglutina el enfoque de la “Escuela Austriaca”, en el que Hayek (1937) y posteriormente Boettke (2018) volverán sobre el tema. Por otra parte, y en una posición menos extrema se situarían los planteamientos del Premio Nobel George Stigler (1982) de la “Escuela de Chicago” en la que también podemos incluir al juez Richard Posner, y de la que también se hacen eco en nuestro solar patrio, autores de la talla intelectual como el profesor Pedro Schwartz⁸². Desde esta perspectiva se hace distinción entre la lucha contra el abuso de poder de mercado (cárteles, monopolios, etc.) y la competencia desleal, a la que se relaciona con la corrección de los actos hostiles que afecten a empresas rivales. En el primer caso, de producirse, obedecería a que el Estado con su intervención perpetúa la condición de monopolista, de lo contrario la propia dinámica de los procesos de mercado (si aceptamos que no existen barreras de entrada), desplazarían al incumbente. Cabe resaltar que el enfoque liberal se sustenta fundamentalmente en los razonamientos de Adam Smith y que luego servirá a A. Ferguson para acuñar la “ley de las consecuencias no queridas”, lo que ya había reflejado A. Smith anticipadamente en su obra *La Riqueza de las Naciones* (libro IV, V, b).

El impulso natural de cada individuo a mejorar su propia condición, si se le deja actuar con seguridad y libertad, es un principio tan poderoso que por sí mismo, y sin ayuda, no solo es capaz de proporcionar riqueza y prosperidad a la sociedad, sino de sobreponerse a un centenar de trabas impertinentes con las que el desatino de las leyes humanas obstaculiza con demasiada frecuencia su ejercicio; aunque el efecto de tales trabas sea siempre mermar más o menos su libertad o disminuir su seguridad. La actividad económica está perfectamente segura en Gran Bretaña⁸³.

Así, desde la perspectiva de la ley natural, los filósofos ingleses integraban libertad y leyes, en contraste a los planteamientos racionalistas más

⁸² Schwartz, P. (2018). *La libre competencia en una economía abierta y dinámica*. Información Comercial Española nº 905. Secretaria de Estado de Comercio. Madrid. Pág. 25 y ss.

⁸³ Smith, A. (1976). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Oxford University Press. Edición R.H. Cambell y A.S. Skinner por W.B. Todd. Editado en español por Oikos Tau, SA 1987. Vilassar de Mar. Volumen I pág. 582.

cercanos a la utopía y a la planificación. En este sentido resulta clarividente la argumentación del Dr. Victoriano Martín⁸⁴ que pone de relieve, citando a C.A. Cooke y a E. Burke, que en la obra de Smith subyace una teoría coherente del derecho y la legislación, y que los esfuerzos individuales socialmente beneficiosos, se deben a la evolución de instituciones bien concebidas.

No parece que haya discrepancia entre la libertad del individuo y la existencia de normas, que en definitiva, dibujen la arquitectura institucional, dando lugar a una hibridación que redunde por diferentes caminos en un mayor bienestar social.

Ahora bien, si el propósito es el buen funcionamiento en los procesos de mercado, y aceptando que existen fallos de mercado, sobre todo en sectores de la economía en los que existen externalidades importantes, resulta perentorio, como hemos escuchado aquí, una regulación que garantice un orden de competencia y que evite las posiciones de abuso de poder de mercado y un modelo sancionador que desincentive las malas prácticas dentro del orden jurídico. Si bien, como señala J. Tirole: “La clave de bóveda del edificio es que los actores sean responsables del coste social de sus decisiones”⁸⁵.

Por otra parte, resulta innegable que la teoría de la organización industrial ha servido como importante herramienta para la instrumentación de políticas públicas, pero ante el incesante progreso tecnológico de estos últimos años, debe hacer frente a nuevos e importantes retos. Como ha señalado nuestro flamante Académico, la digitalización de la economía ha permitido la irrupción de nuevos jugadores cambiando las formas de relación en los intercambios entre productores y consumidores, lo que ha sido aprovechado para que nuevos jugadores ocupasen un nuevo espacio, en el que “*the winner- take all*”, o lo que es lo mismo, que el inventa las reglas de juego gana todas las partidas. Ni que decir tiene, por tanto, que ante la nueva realidad, resulta ineludible revisar las regulaciones existentes y por supuesto la función de los supervisores o agencias de supervisión. La primera dificultad con que nos encontramos es el de la propia definición

⁸⁴ Martín Martín, V. (2002). *El Liberalismo Económico*. Editorial Síntesis. Madrid. Pág. 44 y ss.

⁸⁵ Tirole, J. (2018). *La economía del Bien Común*. Penguin Ramdon House Grupo Editorial S.A.U. Barcelona Pág. 178.

del mercado. Los economistas siempre lo hemos identificado con el concepto de elasticidades precio cruzadas de los bienes que se intercambian, lo que en el caso de un determinado producto éstas deberían ser elevadas para formar parte del mismo, siempre y cuando las empresas dispongan de una tecnología semejante. Pero esta definición choca con la realidad, por diferentes motivos, entre los que podríamos destacar en primer lugar, el hecho de que la tecnología disponible está en manos de un reducidísimo número de empresas; en segundo lugar, porque resulta difícil establecer a qué sector pertenecen los bienes objeto de comparación, por ejemplo los de alta tecnología o de los de la llamada tecnología de la información (TIC), y sin ánimo de ser exhaustivos, en tercer lugar, la globalización ha contribuido a romper los límites territoriales y geográficos del mercado. La diferenciación entre empresas y sectores es cada vez más compleja, lo que dificulta tanto el análisis microeconómico (la economía actual se asemeja más a la de los mercados imperfectos), como también en aquellos basados en la teoría de la organización industrial. Los modelos econométricos, sin despreciar su utilidad, encuentran dificultades crecientes para analizar el poder de mercado o la relación entre concentraciones y rentabilidad. Las estimaciones de los parámetros para construir un determinado modelo estadístico y así poder establecer principios teóricos, se enfrentan al aprendizaje automático, que gracias a la existencia de los megadatos y a una elevadísima capacidad computacional son mucho más eficaces en las funciones predictivas. La aplicación de las matemáticas a verdaderos océanos de datos, mediante sencillos algoritmos que aprenden constantemente, y que por tanto son escalables, hacen de estos nuevos jugadores, empresas dominantes que no encuentran ni límites ni competencia alguna. ¿Está virando la economía global hacia supuestos más "schumpeterianos" y, por tanto, con mayor prevalencia de una concepción dinámica de los procesos de mercado y por tanto de la competencia en ese tic, tac, del péndulo del reloj de las ideas? Esta pregunta no tiene fácil respuesta.

Hace ya varias décadas, a mediados de los años ochenta, caía en mis manos la novela "Softwar. La guerra suave", escrita por dos jóvenes escritores de entonces, el ingeniero informático francés Thierry Breton y el novelista norteamericano Denis Beneich. En ella se narra una historia de cómo Washington diseña un plan para vender indirectamente programas informáticos a la URSS, para penetrar en sus reservas informáticas y así poder bloquear los ordenadores de su potencial enemigo. Para ello el

protagonista Brendan Barnes, brillante informático del MIT prepara la estrategia del plan, pero lo que no sabe es que por el camino conocerá a Ioulia Voronkof, cuyo encanto e inteligencia le cautivará. Ioulia dirige en Siberia Oriental el centro neurálgico de los soviets, que cuenta con los más modernos ordenadores, todos comprados a occidente. De pronto.....todo deja de funcionar. La guerra suave ha comenzado.⁸⁶ Así las cosas, hoy en día parece que la situación se ha revertido y estamos asistiendo cual convidados de piedra, a un combate entre grandes potencias económico-militares y en un entorno totalmente controlado por las llamadas empresas "superstar". El conocido grupo GAFA (Google, Appel, Facebook y Amazon) trae en jaque a gobiernos, empresas y consumidores de más de medio mundo, afectando radicalmente a la economía tradicional e incluso a la propia seguridad nacional de los países. La simple enumeración de los cambios que introducen sobre todo lo que hemos visto hasta ahora es inabarcable, que como bien ha analizado el Dr. Marín Quemada y supone un gran reto para la política de defensa de la competencia y para los organismos reguladores. Comprobamos como solo Google representa el 90% del mercado de búsquedas en Europa y eso que carece de activos físicos. Sin embargo, dada la especificidad del caso no existen barreras de entrada en este caso, y la mayoría de los servicios digitales son gratuitos. Los denominados efectos de red se suceden, la tecnología supone una barrera invisible de entrada, pero infranqueable, y la capacidad de diferenciación de la oferta permite fijar precios diferenciados. Se crean y se suceden plataformas que organizan y redireccionan los tráfico mercantiles, los costes de transacción se aproximan a cero y los derechos de propiedad claman por una inmediata reformulación ya que estas compañías, bastante predatorias, se apropian de la información que generan sus clientes en su propio beneficio, dibujándose el perfecto panóptico con el que nos obsequiaba J. Bentham para la Inglaterra de 1780, solo que en esta ocasión es totalmente el proceso es totalmente voluntario, tal y como argumenta el filósofo de moda Byung-Chul Han⁸⁷.

Por su parte, las posiciones de los responsables de competencia varían de unos países a otros. En Europa, la Comisaria europea de Competencia Margrethe Vestager ha declarado: "O regulamos los datos o las grandes

⁸⁶ De la novela de T. Breton y D. Beneich. *Softwar. La guerra suave*. Espasa Calpe. 1985. Madrid

⁸⁷ Byung-Chul Han. (2013), *La sociedad de la Transparencia*. Herder Editorial, S.L. Barcelona. Pág. 37.

compañías dominarán el mundo". Una afirmación realmente inquietante y que no debería caer en saco roto. Para normalizar esta situación, se muestra contraria a dividir los grandes monopolios y opta por obligarles a compartir sus recursos, lo que crearía más competencia. La cuestión estriba en como abrir de alguna manera el acceso a los datos, por lo que resulta urgente regular la economía de los datos. Por el contrario, en los EE.UU. las posiciones están más encontradas. Se observa que hay más presión intervencionista en el arco de la política; por una parte, en el ámbito del partido demócrata, la Senadora por Massachusetts Elizabeth Warren se muestra partidaria de elaborar un plan para dividir a las grandes tecnológicas, habida cuenta del caso "*Cambridge Analytics*" (Facebook); por otra, el presidente Trump con el estilo que le caracteriza ha declarado su particular "*soft war*" contra todo aquello que no se alineó con el lema "*America First*". Observamos cómo la lucha por el liderazgo económico mundial entre grandes competidores se juega en el terreno de la tecnología. El enfrentamiento de dos colosos como Apple (USA) y Huawei (China), contando con el estímulo, cuando no, el apoyo directo de sus respectivos gobiernos, lo que podría ocasionar un grave deterioro no solo para ambos contendientes, sino también para los consumidores y la economía mundial en su conjunto. Entra dentro de lo posible que estemos asistiendo a lo que pueda ser solo el comienzo de lo que queda por venir, porque si frente a Apple está Huawei, frente a Amazon está Alibaba, por su parte Google también tiene su contraparte en Baidu, y Uber tiene su réplica en Didi. Y si la solución pasa por expulsar o estrangular tal cual al competidor algo no está funcionando bien. Puede que haya dificultades como las que hemos mencionado para efectuar un diagnóstico de la situación, y que quizás no sea el más certero, debido a los nuevos retos con los que tiene que lidiar la regulación y la política de competencia para hacer frente a los nuevos desafíos, que nos ha enumerado en su brillante discurso el Dr. Marín Quemada. Pero lo que no debe llevarnos al engaño es, que como la experiencia demuestra, todas las decisiones que escapan a la racionalidad de un mercado en competencia y en ausencia de reglas que la aseguren, provocará antes o después el empobrecimiento de los ciudadanos. Y ahí radica la importancia de las instituciones. Tratar de buscar atajos que primen el corto plazo obviando la función desarrollada por las agencias independientes significa volver a un pasado caracterizado por la arbitrariedad y el proteccionismo. En contraposición, parecen mucho más sensatos los planteamientos de la Unión Europea, que por boca de su Comisaria la Sra. Vestager, hemos sabido que los problemas de una crisis

como la de Google-Huawei, deberían ser sustanciados en el ámbito del tribunal de la Organización Mundial de Comercio. Obviar la función de las instituciones, supone riesgos elevados, como bien aprendimos del magnífico trabajo de D. Acemoglu y James A. Robinson⁸⁸, lo que constituye un tremendo error. Así, los países son prósperos en tanto en cuanto disponen de instituciones robustas e independientes, a la vez que nos alertan en su ensayo de los peligros de las instituciones extractivas. A propósito de esta tesis, John Kenneth Arrow⁸⁹, Nobel de Economía 1972, subrayó:

“A través de múltiples ejemplos históricos muestran de qué forma el desarrollo de las instituciones, en ocasiones debido a circunstancias accidentales, ha tenido consecuencias enormes. De acuerdo con su análisis, una sociedad abierta dispuesta a favorecer el concepto de “destrucción creativa” y que cuente con un auténtico Estado de derecho son factores clave para el desarrollo económico”.

Y voy terminando, el actual presidente de la CNMC y compañero nuestro, que ha liderado durante estos últimos años el tránsito hacia un modelo de regulador único, ha recalcado desde su experiencia, sus múltiples ventajas⁹⁰, entre las que cabe enumerar: el regulador multisectorial reduce el riesgo de captura del regulador tanto desde el sector privado como desde el Gobierno; se aprovechan las sinergias de costes en los servicios técnicos, legales, económicos y administrativos; se garantiza la unidad de criterios y procedimientos y el aprovechamiento de la experiencia y las mejores prácticas de otros sectores. También es cierto que existen algunas desventajas, como son: la posible pérdida de conocimiento específico de la industria y la ausencia de diversificación del riesgo en caso de fallo institucional. Por su parte y por el lado de las ventajas del modelo integrado, la OCDE coincide con lo anterior, e insiste en lo positivo de la reducción de la incertidumbre regulatoria para los operadores, la aplicación coherente de la normativa y una mayor eficacia en la defensa de competencia en los mercados. La economía de mercado en democracia es

⁸⁸ Acemoglu, D. y Robinson J.A. (2012). *Por qué fracasan los países*. Centro de libros PAF, S.L.U. Deusto. Grupo Planeta. Barcelona.

⁸⁹ Acemoglu, D. y Robinson J.A. (2012). Op. Cit. Pág. 3.

⁹⁰ Marín Quemada, J.M. (2014). *La Comisión de Mercados y Competencia: Una Nueva Etapa para la Competencia y la Supervisión Regulatoria en España*. Información Comercial Española nº 876. Secretaría de Estado de Comercio. Madrid. Pág. 11 y ss.

probablemente el mejor de los modelos conocidos. Y para garantizar un orden de competencia, las agencias independientes con sus luces y sus sombras, cumplen con gran eficacia la función de árbitro en las relaciones entre productores y consumidores. Quisiera significar a riesgo de ser reiterativo, que atributos tales como independencia, autonomía financiera, transparencia, dación de cuentas y pedagogía resultan irrenunciables para que puedan desarrollar con éxito su misión. La siguiente afirmación de Jean Tirole viene a redondear el importante papel que juegan las instituciones en este contexto: “la creación de autoridades independientes constituye uno de los instrumentos que permiten a la democracia mitigar un exceso de tentación electoralista y garantizar la independencia del Estado a largo plazo”⁹¹.

Y termino, solo me resta felicitar y dar las gracias al Dr. Marín Quemada por el excelente trabajo que nos ha presentado. Hoy es un gran día para esta Corporación a la que se incorpora un valioso activo, además de amigo y compañero. Por todo lo anterior, y con gran satisfacción, os doy oficialmente, en nombre de esta Real Academia, la bienvenida como nuevo miembro de pleno derecho.

Muchas gracias.

⁹¹ Tirole, J. (2018). *Op. Cit.* Pág.185